Die Ersitzung als Rechtscheinswirkung

von Professor Dr. Hubert Naendrup, Münster i. W.

§ 1
Allgemeines

Die Zeit, in der die Rechtscheinstheorie nicht ernst genommen wurde, ist vorbei. Aber es fehlt noch viel, daß diese Lehre überall ganz verstanden würde. Dazu wäre es erforderlich, sie bis ins einzelne systematisch durchzuarbeiten, wobei man sich nicht scheuen dürfte, auch bekannte Dinge in die Form des Rechtscheinsgedankens umzukleiden. Nur so läßt er sich folgerichtig durchführen. Für ein Teilgebiet habe ich die Aufgabe zu lösen gesucht in meinem Otto Fischer gewidmeten Aufsatze: „Die Verjährung als Rechtscheinswirkung" in Jherings J. 75, 237—332. Ich glaube darin die nahe Verwandtschaft zwischen Verjährung und Ersitzung[1]) aufgewiesen zu haben. Bei beiden Instituten handelt es sich um den Schutz des Vertrauens auf einen Rechtsanschein eigenen Rechtes.

Nach der von mir schon im Jahre 1910 vorgeschlagenen[2]) und seitdem in Vorlesungen und meinem genannten Aufsatze vielfach erprobten Terminologie ist Rechtsanschein der privatwirksame Rechtschein, sei es als Anschein fremden Rechtes (z. B. §§ 932, 892, 2366, 2367 BGB.), sei es als Anschein eigenen Rechtes (z. B. § 937), dagegen Rechtswahrscheinlichkeit der amtswirksame[3]), d. h. einer Behörde gegenüber wirksame Rechtschein, insbesondere die dem Richter gegenüber im Prozesse wirksame Rechtsvermutung. Diese Terminologie bietet die Möglichkeit schnellster Verständigung. So betrifft § 932 einen Rechtsanschein, § 1006 eine Rechtswahrscheinlichkeit des Fahrniseigentums, § 892 einen Rechtsanschein, § 891 eine Rechtswahrscheinlichkeit des Liegenschaftsrechtes, § 2366 und 2367 einen Rechtsanschein, § 2365 eine Rechtswahrscheinlichkeit des Erbrechtes.

Bei dem Rechtsanscheine fremden Rechtes sind drei Personen beteiligt, der Wirklichberechtigte, der Rechtsanscheinsinhaber und ein Dritter, der auf den Rechtsanschein vertraut, dagegen bei dem Rechtsanschein eigenen Rechtes nur zwei Personen, nämlich der Wirklichberechtigte und der Rechtsanscheinsinhaber, der auf den Rechtsanschein selbst vertraut. Der Rechtsanschein fremden Rechtes wirkt nach außen, gegenüber dem Dritten, der Rechtsanschein eigenen Rechtes nach innen, gegenüber dem Rechtsanscheinsinhaber selbst, auf dessen Inneres.

Die Ersitzung beruht nun, wie gesagt, entsprechend der Verjährung, auf der Wirkung eines Rechtsanscheines eigenen Rechtes.

---

[1]) Über die Unterschiede beider s. meinen im Text zitierten Aufsatz S. 324ff.

[2]) Vgl. Naendrup, Rechtscheinsforschungen 1, 33ff. (1910).

[3]) Die Bezeichnung: privatwirksamer und amtswirksamer Rechtschein dürfte dieselbe Berechtigung haben wie die allgemein üblich gewordene: privatempfangsbedürftiges und amtsempfangsbedürftiges Rechtsgeschäft.

§ 2. Rechtsanschein und schutzwürdiges Vertrauen auf den Rechtsanschein

Wie jede Rechtsanscheinswirkung setzt auch die Ersitzung[4]) drei Elemente voraus:

1. einen vom objektiven Rechte als zuverlässig anerkannten Rechtsanschein;
2. ein Vertrauen auf diesen Rechtsanschein;
3. Schutzwürdigkeit des Vertrauens.

Der Rechtsanschein besteht bei der Ersitzung im Eigenbesitz[5]) an einer beweglichen Sache. Als ein seine Kraft nur sich selbst entnehmender (originärer) Rechtsanschein[6]) ist er hier nicht so intensiv, wie der durch die Gewährschaft der Übertragung verstärkte (derivative) Rechtsanschein des Eigenbesitzes z. B. in den Fällen der §§ 932ff. BGB. Was ihm an Intensität fehlt, muß durch Extensität ersetzt werden. Daher das Erfordernis längerer Dauer, die durch positive Vorschrift (937) auf 10 Jahre festgesetzt ist[7]).

Aber auch das Vertrauen des Eigenbesitzers auf den Rechtsanschein seines Eigenbesitzes, ebenso die Schutzwürdigkeit des Vertrauens muß in demselben Maße extensiv sein. Dieser Gedanke liegt zugrunde in § 937 II:

> „Die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn der Erwerber bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben ist oder wenn er später erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht."

Aus der entsprechenden[8]) Anwendung von § 932 II auf § 937 II folgt, daß im Falle der Ersitzung der Erwerber bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben ist, wenn ihm in diesem Zeitpunkte bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß er mit dem Eigenbesitze nicht das Eigentum erwirbt. Eine derartige Bösgläubigkeit bedeutet nichts anderes, als daß er bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes auf den Rechtsanschein seines Eigentumes nicht[9]) oder nicht schutzwürdig[10]) vertraut[11]). Demgegenüber verliert er sein

---

[4]) Über die Fälle, in denen die Ersitzung noch Bedeutung hat, vgl. Kipp-Windscheid, Lehrb. d. Pandektenrechts 1, 937 (1906); M. Wolff, Sachenrecht, § 71 vor Anm. 1 (1926); Biermann, BGB. 3, 3. Aufl., Vorb. 1 vor § 937; Planck-Brodmann, BGB. 3, 4. Aufl., Vorb. 3 vor § 937; Staudinger-Kober, BGB. 3, 9. Aufl., Vorb. 3 vor § 937.

[5]) Er kann auch ein z. B. durch constitutum possessorium begründeter mittelbarer Eigenbesitz sein. Vgl. Biermann § 937 Erl. 1b.

[6]) Über die Ersitzung als originären Eigentumserwerb s. Mot. 3, 356; M. Wolff a. a. O. § 71 IV, hier weitere Literatur; Staudinger-Kober § 937 Erl. 4d.

[7]) Bei der Verjährung ist der Besitzstand und demgemäß der Rechtsanschein der Freiheit des Schuldners vom Anspruche noch weniger intensiv, bedarf darum aber auch einer um so größeren Extensität. Vgl. Naendrup, Die Verjährung als Rechtscheinswirkung, a. a. O. S. 327f.

[8]) Vgl. (Windscheid)-Kipp 1 S. 937f; Erl. z. § 937 Biermann 1, Brodmann 2b; Binder, Rechtsstellung des Erben 1, 41 Anm. 15.

[9]) Nach der Rechtscheinstheorie kann es überhaupt nicht zweifelhaft sein, daß der Erwerber nicht ersitzen kann, wenn er beim Erwerbe „richtig annimmt, er sei nicht Eigentümer geworden, für diese Annahme indessen einen irrigen Grund hatte" (Kipp). Er hat dann eben auf den Rechtsanschein seines Eigentums nicht vertraut. Zutreffend daher (Windscheid-) Kipp 1, 938.

Ebenda ist des Falles gedacht, daß von mehreren, die gemeinschaftlich Eigenbesitz haben, einer im bösen Glauben ist. Sein Teil wird dann weder von ihm noch von den anderen ersessen. Denn in Ansehung dieses Teiles hat keiner auf den Anschein seines Miteigentums vertraut. Daher verbleibt jener Teil dem bisherigen Eigentümer, der nur Miteigentümer wird, da die anderen Teile von ihren Besitzern ersessen werden.

Über die Ersitzung von Miteigentum und Eigentum zu gesamter Hand vgl. sonst Brodmann, § 947 Erl. 2a und Kaufmann, Eigentum am Gesellschaftsvermögen 91.

[10]) Nicht schutzwürdig oder, was dasselbe ist, grobfahrlässig, hat der Eigenbesitzer beim Erwerbe des Eigenbesitzes auf den Rechtsanschein seines Eigentums vertraut, wenn er in diesem Zeitpunkte nicht einmal einen so geringen Grad von Aufmerksamkeit aufgewandt hat, daß er sich aufdrängende Verdachtsmomente beachtet hätte (vgl. Mot. 3, 352).

[11]) Über den Mangel des guten Glaubens beim Besitzerwerb s. Näheres bei Brodmann zu § 937 Erl. 2b.

zunächst vorhanden gewesenes Vertrauen auf solchen Rechtsanschein, „wenn er später erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht[12])". Hiernach läßt sich § 937 II folgendermaßen umschreiben: „Die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn der Erwerber bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes auf den Rechtsanschein seines Eigentumes nicht oder nicht schutzwürdig vertraut oder wenn er später sein Vertrauen auf jenen Rechtsanschein verliert." Daraus geht ohne weiteres hervor, daß das Vertrauen des Eigenbesitzers auf den Rechtsanschein seines Eigentumes während der ganzen zehnjährigen Ersitzungszeit vorhanden sein muß. Aber auch die Schutzwürdigkeit des Vertrauens? Schutzwürdiges Vertrauen ist ein nicht grobfahrlässiges Vertrauen. Es ist von dem Augenblicke ab nicht mehr vorhanden, von dem an der Eigenbesitzer über das Fehlen seines Eigentumes nur noch grobfahrlässig in Unkenntnis ist, von dem an er also das Fehlen kennen muß (vgl. § 122 II). Das Kennenmüssen ist nun aber dem „Erfahren" dieses Fehlens in 937 II nicht gleichgestellt[13]). Hieraus könnte man zu schließen geneigt sein, daß die Schutzwürdigkeit des Vertrauens nicht die ganze Ersitzungszeit hindurch vorhanden sein müsse. Das wäre aber ein rein dilektischer Schluß, der sich dem Wesen der Sache nach von selbst verbietet. Die Auffassung des Gesetzes ist vielmehr, abgesehen von dem noch zu erörternden Falle der Unterbrechung des § 941, die folgende: Wenn einmal der Eigenbesitzer beim Erwerbe des Eigenbesitzes auf den Rechtsanschein seines Eigentumes vertraut, und zwar nicht grobfahrlässig, also schutzwürdig vertraut hat, so hat er später, falls er nicht das Fehlen seines Eigentumes erfährt, also nicht das Vertrauen auf den Rechtsanschein seines Eigentumes überhaupt verliert, keinerlei Anlaß mehr, an seinem Eigentume zu zweifeln, in seinem Vertrauen auf den Rechtsanschein seines Eigentumes wankend zu werden. Solange er also, ohne das Fehlen seines Eigentumes zu erfahren, auf den Rechtsanschein seines Eigentumes vertraut, kann dieses Vertrauen niemals ein grobfahrlässiges werden, muß es immer ein schutzwürdiges bleiben. Die Schutzwürdigkeit seines Vertrauens kann er daher nur mit dem Vertrauen selbst verlieren, indem er erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht. Den Fall der Unterbrechung des § 941 ausgenommen, ergibt sich demnach dieses: In 937 II ist, wie für das Vertrauen des Eigenbesitzers auf den Rechtsanschein seines Eigentumes, so auch für die Schutzwürdigkeit dieses Vertrauens die Fortdauer während der ganzen Ersitzungszeit vorausgesetzt[14]); wenn aber beim Erwerbe des Eigenbesitzes jenes Vertrauen und seine Schutzwürdigkeit vorhanden war, gilt, solange das Vertrauen selbst fortbesteht, für dessen Schutzwürdigkeit eine zum gesetzgeberischen Motive gewordene oder darin steckengebliebene und darum gar nicht im Gesetz zum Ausdruck gelangte, mit Rechtskraft ausgestattete unwiderlegliche Vermutung[15]).

---

[12]) Vgl. dazu Planck-Brodmann § 937 Erl. 2b; ferner Kober § 937: „Verschließt sich der Ersitzende absichtlich der Kenntnisnahme, so ist allenfalls ein dolus eventualis anzunehmen" s. S. 233. A. M. Planck in den älteren Aufl. § 937 Erl. 2.

[13]) RGZ. 56, 317.

[14]) Dem steht auch nicht entgegen Mot. 3, 352: „Der gute Glaube des Ersitzenden ist nicht zur Voraussetzung der Rechtsnorm gemacht, sondern für den Fall des bösen Glaubens eine Ausnahme bestimmt, weil von einer konkreten Erwerbsart als positiver Grundlage der Annahme des Ersitzenden, er sei Eigentümer, abgesehen wird." Hiermit ist gemeint, daß der gute Glaube des Ersitzenden nicht in dem Sinne Voraussetzung der Rechtsnorm ist, daß er von dem Ersitzenden bewiesen werden müßte. Der gute Glaube soll vielmehr der Regel entsprechend vermutet werden, so daß der böse Glaube als Ausnahme von der Regel durch den Gegner des Ersitzenden zu beweisen ist.

[15]) Vgl. hierzu Naendrup, Rechtscheinsforschungen 1, 19; 2, 83f.; Verjährung als Rechtscheinswirkung a. a. O. S. 241, 292ff., 295, 311 Anm. 314, 328ff.

M. Wolff, Sachenrecht S. 210 (1926) meint, der Grund dafür, daß § 937 BGB. sich auf den Standpunkt gestellt habe, „mala fides superveniens non nocet; scientia superveniens nocet" liege darin, daß man dem Besitzer für die Zeit des Besitzerwerbes eine gewisse Prüfungspflicht auferlegen könne, aber nicht für jeden Augenblick des Habens. Das Gesetz mutet ihm aber, abgesehen vom Be-

Grund für letztere ist die vom Gesetzgeber, d. h. der rechtsetzenden Rechtsgemeinschaft, abgesehen vom Falle der Unterbrechung des § 941, in Betracht gezogene, aus der Erfahrung der Vergangenheit geschöpfte abstrakte tatsächliche Wahrscheinlichkeit[16]), daß ein Eigenbesitzer, der beim Erwerbe des Eigenbesitzes auf den Rechtsanschein seines Eigentumes ohne grobe Fahrlässigkeit, also schutzwürdig, vertraut habe, auch später, solange er überhaupt noch auf jenen Anschein vertraue, auch der Schutzwürdigkeit seines Vertrauens nicht entbehren werde, mit anderen Worten, solange er überhaupt noch an sein Eigentum glaube, d. h. dessen Fehlen nicht erfahre, dieses Fehlen auch nicht kennen könne.

Handelt es sich insoweit um eine abstrakte tatsächliche Wahrscheinlichkeit, so beruht der gesetzgeberische Grund für das erste Element der Ersitzung d. h. dafür, daß der Eigenbesitz als ein objektiver Rechtsanschein anerkannt ist, in einer abstrakten Rechtswahrscheinlichkeit, nämlich in der vom Gesetzgeber wiederum aus der Erfahrung der Vergangenheit geschöpften Wahrscheinlichkeit, daß wie früher so auch in Zukunft ein Besitzer einer beweglichen Sache regelmäßig der Eigentümer sein werde.

Mit einer tatsächlichen Wahrscheinlichkeit hinwiederum haben wir es zu tun bei der Vermutung, die nach § 937 II dafür spricht, daß der Eigenbesitzer beim Erwerbe des Eigenbesitzes in gutem Glauben gewesen ist, und bei der ebenda vorgesehenen weiteren Vermutung, daß der Eigenbesitzer später das Fehlen seines Eigentumes nicht erfahren hat. Als dem Richter für den Prozeß vorgeschrieben, stellen diese beiden tatsächlichen Vermutungen konkrete tatsächliche Wahrscheinlichkeiten dar. Sie gehen aber zurück auf zwei entsprechende abstrakte tatsächliche Wahrscheinlichkeiten, die vorher für den Gesetzgeber bestanden. Von letzteren bedeutet die eine, daß der Erwerber eines Eigenbesitzes beim Erwerbe im allgemeinen gutgläubig sein werde, und die andere, daß

---

sitzerwerb, für keinen Augenblick des Habens eine Prüfung zu. Das ist etwas anderes und erklärt sich wohl nur aus der Meinung des Gesetzgebers, daß der Besitzer, wenn er einmal gutgläubig erworben habe, später überhaupt keinen Anlaß mehr haben werde, an seinem Eigentume zu zweifeln. Dies ist gewiß die tatsächliche Regel, trifft aber ebenso gewiß nicht immer zu. Der Gesetzgeber hat indes aus der Regel eine abstrakte Vermutung gefolgert und aus letzterer wieder, weil sie eine hochgradige abstrakte Wahrscheinlichkeit ist, nicht lediglich eine widerlegliche, sondern eine unwiderlegliche, konkrete Vermutung. Sie braucht im Gesetz nicht ihren besonderen Ausdruck zu finden. Der Gesetzgeber konnte vielmehr von der stillschweigenden motivischen Voraussetzung ausgehen, daß ein an sich bestehen gebliebenes Vertrauen des Eigenbesitzers auf den Anschein seines Eigentumes auch schutzwürdig geblieben sein werde. Die wenigen Fälle, in denen dies ausnahmsweise nicht zutreffen sollte, hat er dabei in den Kauf nehmen wollen. Danach ist das gesetzliche Prinzip ein wesentlich anderes und m. E. mehr der Ethik entsprechendes als dasjenige, welches man gewöhnlich dem § 937 II, entnehmen zu müssen glaubt und welches M. Wolff, Sachenrecht § 71, 2c, folgendermaßen formuliert: „Der gute Glaube braucht in voller Stärke nur beim Erwerb des Eigenbesitzes vorhanden zu sein; spätere Bösgläubigkeit hindert die Ersitzung nur dann, wenn der Erwerber positiv erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht, nicht schon dann, wenn er es zu erfahren grobfahrlässig versäumt." Hierbei ist übersehen, daß die Fälle grobfahrlässiger Versäumung späteren Erfahrens vom Gesetzgeber als ganz seltene, gar nicht berücksichtigenswerte Ausnahmefälle betrachtet sind, die daher für die Erfassung des Prinzips ganz ausscheiden müssen.

Wenn ich übrigens die Tatsache, daß in § 937 II der scientia superveniens die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis nicht gleichgesetzt ist, aus der Meinung des Gesetzgebers erklärt habe, daß der Besitzer, wenn er einmal gutgläubig erworben habe, später überhaupt keinen Anlaß mehr haben werde, an seinem Eigentume zu zweifeln, so wird dies bestätigt durch Mot. 3, 355, wo jene Tatsache damit begründet ist, daß „man demjenigen, welcher einmal gutgläubig besitzt, nicht aufbürden darf, Aufmerksamkeit darauf zu verwenden, ob die Sache einem anderen gehört." Dies ist offenbar dahin zu ergänzen, daß man ihm die Aufmerksamkeit deswegen nicht aufbürden darf, weil er keinen Anlaß mehr hat, an seinem Eigentum zu zweifeln. Insofern kommen die Motive auf die Auffassung hinaus, die ich oben vertreten habe, stehen ihr zum mindesten ganz nahe, jedenfalls erheblich näher als die Ansicht von Wolff. Den Standpunkt der Motive hat die II. Komm. nach Prot. 3, 233 kaum verlassen.

[16]) Vgl. Naendrup, Verjährung a. a. O. S. 240.

ein beim Erwerbe des Eigenbesitzes gutgläubig gewesener Eigenbesitzer das Fehlen seines Eigentumes meist nicht erfahren werde. Mögen auch bei diesen beiden abstrakten Wahrscheinlichkeiten allgemeine Erfahrungssätze mitspielen, so beruht doch die erste mehr in einer Idee, nämlich in dem aus grundsätzlichem Optimismus entspringenden Glauben des Gesetzgebers an die Menschheit, einem Glauben, der in dem Satze „Quisquis praesumitur bonus" zum Ausdruck gelangt; die zweite aber beruht vorzugsweise auf dem Trägheitsgesetz, kraft dessen auch der Gesetzgeber die Tendenz hat, den einmal als vorhanden angenommenen guten Glauben des Eigenbesitzers als fortdauernd anzusehen[17]).

Daß aber diese beiden abstrakten tatsächlichen Wahrscheinlichkeiten für den Gesetzgeber bestanden, gibt das Bürgerliche Gesetzbuch dadurch kund, daß ihrer beider Gegenteil in § 937 II als Ausnahme von einer erwarteten Regel hingestellt ist, und zwar mit den Worten: „Die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn der Erwerber bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben ist oder wenn er später erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht."

Die auf seiten des Gesetzgebers vorhandene Erwartung des guten Glaubens als Regel und das Gegenteil des guten Glaubens als Ausnahme von dieser erwarteten Regel haben freilich noch besseren Ausdruck gefunden in § 932 I mit den Worten: „es sei denn, daß er (der Erwerber) . . . nicht in gutem Glauben ist". Immerhin genügt auch die Ausdrucksweise in § 937 II, um die beiden für den Gesetzgeber bestehenden tatsächlichen Wahrscheinlichkeiten (nämlich des guten Glaubens beim Erwerb und des Nichterfahrens in der Folgezeit) hinreichend hervortreten zu lassen.

Als vom Gesetzgeber erwartete Regel sind sogar die für ihn vorhandenen abstrakten tatsächlichen Wahrscheinlichkeiten hier wie überall, wo im Bürgerlichen Gesetzbuche durch eine der genannten Wendungen oder ähnlich rechtshindernde Tatsachen als Gegenteil der Regel gekennzeichnet werden, allein zum Ausdruck gelangt. Es ist zutreffend, wenn daraus gefühlsmäßig entsprechende konkrete tatsächliche Wahrscheinlichkeiten, d. h. dem Richter vorgeschriebene Vermutungen des Nichtvorhandenseins der rechtshindernden Tatsachen gefolgert zu werden pflegen. Aber das Gefühl und vollends das Bewußtsein, daß zunächst abstrakte, für den Gesetzgeber bestehende Wahrscheinlichkeiten leitend gewesen sind und daß diese den Grund für die dem Richter vorgeschriebenen konkreten Wahrscheinlichkeiten bilden, ist dabei durchweg verlorengegangen. Die Hervorhebung jener abstrakten Wahrscheinlichkeiten rechtfertigt sich damit von selbst.

Zusammenfassend kann man hiernach sagen: Während der ganzen Ersitzungszeit muß auf seiten des Eigenbesitzers vorhanden sein: 1. der Eigenbesitz als objektiver Rechtsanschein seines Eigentumes (weil für den Gesetzgeber die abstrakte Rechtswahrscheinlichkeit bestand, daß der Besitzer einer beweglichen Sache regelmäßig der Eigentümer sein werde); 2. das Vertrauen auf den Rechtsanschein; 3. die Schutzwürdigkeit des Vertrauens. Es bestand aber für den Gesetzgeber eine abstrakte tatsächliche Wahrscheinlichkeit und deshalb besteht für den Richter eine konkrete tatsächliche Wahrscheinlichkeit, d. h. eine widerlegliche Vermutung: 1. daß der Eigenbesitzer beim Erwerbe des Eigenbesitzes auf den Rechtsanschein seines Eigentumes vertraut hat; 2. daß dieses Vertrauen schutzwürdig gewesen ist und 3. daß der Eigenbesitzer das Vertrauen an sich auch später behalten hat (d. h. das Fehlen seines Eigentumes nicht später erfahren hat). Außerdem bestand für den Gesetzgeber, abgesehen von dem unten zu behandelnden Falle der Unterbrechung des § 941, noch eine

---

[17]) Vgl. Naendrup, Verjährung a. a. O. S. 239 A. 1.

abstrakte tatsächliche Wahrscheinlichkeit dahin, daß ein Eigenbesitzer, der beim Erwerbe des Eigenbesitzes schutzwürdig vertraut habe und später das Vertrauen an sich behalten haben werde, auch die Schutzwürdigkeit dieses Vertrauens behalten haben werde. Diese abstrakte tatsächliche Wahrscheinlichkeit war so stark, daß sie nicht den Grund für eine einfache konkrete tatsächliche Wahrscheinlichkeit, d. h. für eine dem Richter vorgeschriebene widerlegliche Tatsachenvermutung abgab, sondern vom Gesetzgeber mit Rechtskraft ausgestattet wurde, d. h. zu einer allerdings stillschweigenden unwiderleglichen Vermutung führte.

Gegen die insoweit vorgeschriebenen tatsächlichen konkreten Wahrscheinlichkeiten oder Vermutungen sind hiernach nur folgende Gegenbeweise möglich: 1. daß der Eigenbesitzer beim Erwerbe des Eigenbesitzes auf den Rechtsanschein seines Eigentumes nicht vertraut hat; 2. daß sein damaliges Vertrauen nicht schutzwürdig gewesen ist; 3. daß er sein Vertrauen später verloren hat. Jedoch ist wegen der genannten unwiderleglichen Vermutung (abgesehen vom Falle der Unterbrechung des § 941) nicht der Gegenbeweis möglich, daß er später lediglich die Schutzwürdigkeit seines Vertrauens verloren hat.

Die durch die ersten beiden Gegenbeweise widerleglichen beiden Vermutungen kann man auch der Vereinfachung wegen als zu einer einzigen Vermutung zusammengezogen betrachten und sie in dieser Vereinigung als die zweifach widerlegliche Vermutung des schutzwürdigen Vertrauens bezeichnen. Die durch den dritten Gegenbeweis widerlegliche Vermutung ist ihr gegenüber die bloß einfach widerlegliche Vermutung des schutzwürdigen Vertrauens. Die zweifach widerlegliche Vermutung gilt für den Zeitpunkt des Eigenbesitzerwerbes, die einfach widerlegliche für die spätere Fortdauer des Eigenbesitzes. Jene ist natürlich für den Eigenbesitzer ungünstiger als diese. Zwar nicht mit Bezug auf das schutzwürdige Vertrauen an sich, wohl aber, was die Widerlegung seiner Wahrscheinlichkeit anlangt, wird also der Ersitzende, soweit der Zeitpunkt des Besitzerwerbes in Betracht kommt, strenger behandelt als für die Fortdauer seines Besitzes.

So wird dem Eigenbesitzer durch ein System von Vermutungen, durch eine zweifach widerlegliche und eine bloß einfach widerlegliche Vermutung es abgenommen, den Beweis seines für die Ersitzung grundsätzlich vorausgesetzten, vom Erwerbe des Eigenbesitzes bis zur Vollendung der Ersitzung erforderlichen, kurz gesagt, seines extensiven schutzwürdigen Vertrauens von sich aus führen zu müssen[18]). Ähnlich kommen ihm Vermutungen auch beim Nachweise

---

[18]) Insoweit aber die eine oder andere Vermutung seines zur Ersitzung erforderlichen extensiven schutzwürdigen Vertrauens auf den Rechtsanschein seines Eigentumes widerlegt ist, kommt ihm doch im Falle der Verjährung des gegen ihn gerichteten Eigentumsanspruches wegen der dann größeren (dreißigjährigen) Extensität seines Besitzstandes die hierdurch unwiderlegbar gewordene Vermutung seines schutzwürdigen Vertrauens auf den Rechtsanschein seines Eigentumes zustatten (vgl. Naendrup, Verjährung a. a. O. S. 303); zwar nicht, indem er durch Ersitzung das Eigentum erwirbt, wohl aber, indem er gegenüber der Eigentumsklage die Verjährungseinrede erlangt.

Andererseits geht mit der Vollendung der Ersitzung der Eigentumsanspruch unter. Die Frage ob der Untergang durch eine in diesem Falle zehnjährige Verjährung geschieht (so Hölder, ArchBürR. 11, 228 ff. und Kober § 937 Erl. 5) oder durch Untergang des Rechtes, auf dem der Eigentumsanspruch beruht (so Brodmann § 937 Erl. 2 b . . .), ist in letzterem Sinne zu entscheiden. Immerhin verrät sich in der ersteren Meinung das richtige Gefühl, daß Ersitzung und Verjährung auf einem im Grunde gleichartigen Vorgange beruhen. (Vgl. Naendrup, Verjährung S. 238 ff., 324 ff.). Diesem Gefühl entspricht es auch, wenn Kober, § 939 Erl. nach Mot. 3, 354 die Ersitzung als Kehrseite der Verjährung des Eigentumsanspruches hinstellt. In Wirklichkeit handelt es sich dabei freilich nicht um eine Kehrseite, liegt vielmehr sowohl die rechtsvernichtende Wirkung (der Rechtsverlust) als auch die rechtsbegründende Wirkung (der Rechtserwerb) bei der Verjährung und der Ersitzung auf derselben Seite (vgl. Naendrup a. a. O. S. 324 ff.).

seines Eigenbesitzes als des objektiven Rechtsanscheines seines Eigentumes zu Hilfe: § 938 bestimmt:

„Hat jemand eine Sache am Anfang und am Ende eines Zeitraumes im Eigenbesitze gehabt, so wird vermutet, daß sein Eigenbesitz auch in der Zwischenzeit bestanden hat."

Für diese Vermutung wird hier sogar zuviel verlangt. Nämlich schon dann, wenn jemand am Anfange eines Zeitraumes eine Sache im Eigenbesitze gehabt hat, muß die Vermutung gelten, daß sein Eigenbesitz während des ganzen Zeitraumes bestanden hat. Dies folgt aus dem auf dem Trägheitsgesetze beruhenden allgemeinen Rechtsgrundsatze, daß ein einmal eingetretener Zustand als fortdauernd zu vermuten ist. Jener Rechtsgrundsatz entspringt aus einer nach dem Trägheitsgesetze zunächst für den Gesetzgeber vorhandenen abstrakten tatsächlichen Wahrscheinlichkeit, daß ein eintretender tatsächlicher Zustand wenigstens einstweilen fortbestehen werde. Demgemäß schreibt der genannte Grundsatz dem Richter, in dessen Überzeugung ohnedies ein einmal als eingetreten nachgewiesener Zustand kraft des Trägheitsgesetzes zu beharren strebt, eine entsprechende konkrete tatsächliche Wahrscheinlichkeit, d. h. eine Vermutung der Fortdauer des Zustandes vor[19]). Eine Anwendung des erwähnten allgemeinen Rechtsgrundsatzes war übrigens schon die sich aus § 937 II ergebende Vermutung, daß das beim Erwerbe des Eigenbesitzes vorhanden gewesene Vertrauen des Eigenbesitzers auf den Rechtsanschein seines Eigentumes fortgedauert hat. Demgegenüber würde es ein Widerspruch sein, wenn nicht auch die Vermutung gelten würde, daß jemand, der am Anfange eines Zeitraumes den Eigenbesitz einer Sache gehabt hat, diesen Besitz während des ganzen Zeitraumes behalten habe.

Die Vermutung der Fortdauer des Eigenbesitzes hat aber nicht bloß dann Platz zu greifen, wenn der Beginn des Eigenbesitzes feststeht, sondern auch schon dann, wenn dieser Beginn nur hinreichend wahrscheinlich ist.

Der § 938 ist hiernach in mehrfacher Beziehung zu eng gefaßt. Mit der Ausdehnung, die ihm im Vorigen gegeben ist, hat er nun nicht lediglich für den Eigenbesitz an einer beweglichen Sache, sondern auch für den Eigenbesitz an einem Grundstücke zu gelten, da er allgemein sagt: „Hat jemand eine Sache... im Eigenbesitze gehabt." Er hat darum insoweit auch Bedeutung für die Buchersitzung des § 900 und für die sogenannte Kontratabularersitzung des § 927 BGB.

In einer weiteren Ausdehnung kann er aber nur auf den Eigenbesitz an einer beweglichen Sache und demgemäß nur auf die Ersitzung einer solchen angewandt werden. Diese Ausdehnung besteht darin, daß für die Vermutung der Fortdauer des Eigenbesitzes einer beweglichen Sache es schon genügen muß, wenn nur der Beginn des Besitzes derselben feststeht oder hinreichend wahrscheinlich ist. Aus § 1006 folgt nämlich, daß der Besitz einer beweglichen Sache als Eigenbesitz vermutet werden muß. Ist also der Beginn des Besitzes von Fahrnis feststehend oder hinreichend wahrscheinlich, so ist damit der Beginn des Eigenbesitzes ohne weiteres wahrscheinlich und daher nach dem oben Ausgeführten auch dessen Fortdauer[20]), d. h. die Extensität des zur Ersitzung erforderlichen Rechtsanscheines.

---

[19]) Vgl. Naendrup, Verjährung a. a. O. S. 239 A. 2.

[20]) Derselben Auffassung ist O. Fischer bei Fischer-Henle, BGB. Er sagt hier zu § 938 A. 2: „Für den Besitz folgt die Vermutung auch ohne Nachweis des Besitzes am Ende des Zeitraumes schon aus § 858 A. 1. Sie erstreckt sich aber auch auf den Charakter als Eigenbesitz (§ 872 A. 1)." Die Anführung des § 858 A. 1 ist hier allerdings eine irrtümliche. Es muß dafür heißen: § 858 A. 2. Dort macht O. Fischer mit Recht geltend, daß der Verlust des Besitzes Einrede im Sinne der ZPO.

Hiernach ist zur Begründung der Ersitzung einer beweglichen Sache eigentlich nur, allerdings auch mindestens erforderlich, daß der Erwerb des Besitzes dieser Sache am Anfange des als Ersitzungszeit in Betracht kommenden Zeitraumes dem Richter hinreichend wahrscheinlich gemacht wird. Aus dieser Wahrscheinlichkeit folgen dann von selbst die weiteren Wahrscheinlichkeiten: 1. daß der Erwerber des Besitzes damals den Eigenbesitz erworben habe, daß

---

sei. Dies bedeutet, daß der Verlust rechtsvernichtende bzw. rechtshindernde Tatsache, d. h., daß das Gegenteil des Verlustes, also die Fortdauer des Besitzes zu vermuten sei. Indem O. Fischer weiter § 872 A. 1 zitiert, zielt er offenbar auf seine zu § 872, „Wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist Eigenbesitzer", angemerkten Worte: „Es genügt der, meistens ohne weiteres anzunehmende äußere Anschein des Eigentumes. Für Fahrnis auch hier Vermutung § 1006." Nach O. Fischer ist also, wenn der Erwerb des Fahrnisbesitzes feststeht, nicht bloß seine Fortdauer, sondern auch sein Charakter, und zwar sein fortdauernder Charakter als Eigenbesitz zu vermuten.

Im Gegensatze hierzu steht freilich die wesentlich strengere herrschende Meinung:

Soweit es sich um die Dauer des Eigenbesitzes handelt, hält sie sich eng an den der gemeinrechtlichen Regel „olim et hodie possessor, et interim possessor" entsprechenden § 938, läßt also nur beim Feststehen des Eigenbesitzes am Anfang und Ende eines Zeitraumes eine Vermutung des Eigenbesitzes auch für die Zwischenzeit gelten (vgl. M. Wolff, Sachenrecht § 71 I 3, Brodmann zu § 937 Erl. 2 a B).

Nicht in gleichem Maße herrschend ist freilich die Lehre, die der hier dargelegten Auffassung über die Vermutung des Besitzcharakters als Eigenbesitz gegenübersteht. Die beiden in dieser Beziehung verschiedenen Auffassungen haben schon in der II. Komm. miteinander gestritten. In den Prot. 3, 229f. heißt es:

„Einigkeit bestand darüber, daß nur der Eigenbesitzer ersitzen könne, Meinungsverschiedenheit erhob sich jedoch darüber, ob das Erfordernis, daß die Sache von demjenigen, welcher die Ersitzung geltend mache, als eigene besessen sei, als Voraussetzung für die Ersitzung aufzustellen oder ob dem Gegner zu überlassen sei, einredeweise zu behaupten und zu beweisen, der Kläger habe die Sache als fremde besessen. Für die letztere Ansicht wurde geltend gemacht, daß die Vereinfachung, welche der Entw. durch die Abschaffung des Titels als Erfordernis der Ersitzung erreicht habe, wesentlich illusorisch gemacht werden würde, wenn man das Erfordernis des Eigenbesitzes in die Voraussetzung aufnähme, weil alsdann der in der Ersitzungslage Befindliche regelmäßig genötigt wäre, seinen Titel darzulegen.

Die Mehrheit entschied sich dafür, den Eigenbesitz als Voraussetzung für die Ersitzung aufzustellen ... das Erfordernis des Eigenbesitzes bilde ... die erste und wichtigste Voraussetzung für die Ersitzung und könne deswegen nicht wie der gute Glaube des Ersitzenden zur Exzeption gestellt werden."

Auf den Standpunkt der Kommissionsmehrheit haben sich demnächst gestellt O. v. Gierke, D. Pr. 2, § 135 A. 13, M. Wolff, Sachenrecht § 71 I 1, Biermann § 937 Erl. 1c, Kober § 937 Erl. 1a u. a. Auch KommRGR. zu § 937 A. 3 hat sich grundsätzlich angeschlossen, kommt aber doch einigermaßen der Minderheitsansicht entgegen, indem er ausführt: „Zur Ersitzung ist notwendig, daß der Ersitzende während der Ersitzung die Sache „als ihm gehörend besaß" ... Der Nachweis dieser Art des Besitzes wird sich in der Regel und am schlagendsten daraus ergeben, daß der Ersitzende den Besitz auf Grund einer Erwerbstatsache erlangte, die auf den Erwerb des Eigentumes gerichtet war, und daß er von da an sich dieser Erwerbstatsache entsprechend verhielt. Unentbehrlich ist aber ein solcher Nachweis nicht. Auch wenn es unmöglich ist, eine bestimmte Erwerbstatsache nachzuweisen, kann doch aus dem eigentümlichen Verhalten des Besitzers selbst auf dessen Eigenbesitz geschlossen werden."

So kann man die Auffassung des KommRGR. fast als eine Mittelsmeinung betrachten. Dasselbe gilt von der Bemerkung Planck-Brodmanns (zu § 937 A. 2a): „Die Ansicht, für die Ersitzung müsse der Besitzer bis zum Beweise des Gegenteils als Eigenbesitzer gelten, ist mehr der Form als der Sache nach zu beanstanden."

Ganz auf den Boden der in der II. Komm. unterlegenen Minderheitsansicht haben sich aber gestellt: Dernburg, BürgR. 3, § 106 Nr. 2,1; Kipp-Windscheid 1, 937; Goldmann-Lilienthal, BGB. 2, 2. Aufl., § 19. Jedenfalls hat die Meinung der Kommissionsmehrheit im Gesetze keinen Ausdruck gefunden und der § 1006 steht ihr sogar entgegen. Mit Recht sagt Kipp a. a. O.: „Das BGB., welches an jeden Besitz sogar die Vermutung des Eigentums knüpft (§ 1006) kann unmöglich davor zurückschrecken, jeden Besitz im Zweifel für Eigenbesitz zu halten."

In eigentümlicher Weise sind die Vermutungen über die Dauer und den Charakter des Besitzes als Eigenbesitzes miteinander verbunden von Planck in den älteren Auflagen und von Biermann zu § 938, indem hier die Vermutung des § 938 nur auf den Besitz an sich bezogen, im übrigen aber angenommen wird, daß, wenn für den Anfang des Zeitraumes der Charakter des Besitzes als Eigenbesitzes dargetan sei, vermutet werden könne, daß der am Ende des Zeitraumes bestehende Besitz ebenfalls Eigenbesitz sei.

also der Rechtsanschein seines Eigentumes damals für ihn begründet worden ist; 2. daß der Eigenbesitz als ein solcher Rechtsanschein die ganze Ersitzungszeit hindurch fortgedauert hat; 3. daß andererseits der Erwerber des Besitzes beim Besitzerwerbe auf den Rechtsanschein seines Eigentumes vertraut hat[21]); 4. daß dieses Vertrauen ein schutzwürdiges gewesen ist; 5. daß das Vertrauen die Ersitzungszeit hindurch fortgedauert hat, womit (abgesehen vom Falle der Unterbrechung des § 941) ohne weiteres gegeben ist, daß es dann auch schutzwürdig geblieben ist.

Daß alle diese Wahrscheinlichkeiten tatsächlicher Natur sind, daß sie weiter zunächst abstrakte Wahrscheinlichkeiten für den Geseztgeber waren und eben darum als konkrete Wahrscheinlichkeiten dem Richter vorgeschrieben sind, bedarf keiner Betonung mehr. In ihrer Gesamtheit aber bilden sie für den Gesetzgeber eine abstrakte und für den Richter eine konkrete Wahrscheinlichkeit des Eigentumserwerbes durch Ersitzung, also eine abstrakte und eine konkrete Rechtswahrscheinlichkeit[22]).

Indem sie im einzelnen tatsächliche Wahrscheinlichkeiten bleiben, können sie, insoweit sie konkrete Vermutungen sind, abgesehen von der die Mindestbegründung der Ersitzung darstellenden hinreichenden Wahrscheinlichkeit des am Anfange der Ersitzungszeit erworbenen Besitzes im Wege prozessualer Einrede oder Replik, nämlich durch Geltendmachung rechtshindernder Tatsachen entkräftet werden.

---

[21]) M. Wolff, a. a. O. § 71 I 2d, wirft die Frage auf, ob nachträglicher guter Glaube dem Besitzer nütze, der beim Besitzerwerbe in bösem Glauben war. Er sagt dazu: „Das Gesetz schweigt; die Frage ist zu bejahen: Hat jemand eine gestohlene Sache bösgläubig erworben und einigt er sich später mit dem, den er ohne grobe Fahrlässigkeit für den Eigentümer hält, über den Eigentumserwerb, so beginnt seit diesem Zeitpunkte seine Ersitzung zu laufen." Das Gesetz schweigt eigentlich nicht. Es schließt nach seinem Wortlaute (§ 937 II) ausdrücklich die Ersitzung aus, wenn der Erwerber des Eigenbesitzes beim Besitzerwerbe nicht in gutem Glauben ist. Trotzdem ist die Entscheidung Wolffs richtig. Der Gesetzgeber geht nämlich in 937 II offenbar von der abstrakten tatsächlichen Wahrscheinlichkeit aus, daß der Erwerber des Eigenbesitzes, wenn er beim Besitzerwerbe nicht in gutem Glauben gewesen sei, auch später bösgläubig sein werde. Diese abstrakte tatsächliche Wahrscheinlichkeit ist nicht mit Rechtskraft ausgestattet, im Gegensatz zu jener anderen, daß ein Eigenbesitzerwerber, der beim Erwerbe auf den Rechtsanschein schutzwürdig vertraut habe, wofern er nur später nicht durch positive Kenntniserlangung vom Fehlen seines Eigentumes (§ 937: „wenn er später erfährt") das Vertrauen an sich verloren habe, auch die Schutzwürdigkeit des Vertrauens behalten habe. Während also diese letztere abstrakte tatsächliche Wahrscheinlichkeit zu einer unwiderleglichen Vermutung geführt hat, ergibt sich aus der ersteren nur eine widerlegliche Vermutung. Diese kann in dem von Wolff behandelten Falle eben durch den Nachweis widerlegt werden, daß später zu dem bereits erworbenen Eigenbesitze der gute Glaube hinzugekommen ist, wodurch die Voraussetzungen für den Ersitzungsbeginn erfüllt sind. Der Zeitpunkt, in dem solchenfalls der gute Glaube zum Eigenbesitz, also das schutzwürdige Vertrauen zum Rechtsanschein hinzutritt, muß dann natürlich stets in jeder Beziehung an die Stelle des Besitzerwerbes im Sinne des § 937 II treten.

[22]) Diese beiden Rechtswahrscheinlichkeiten sind scharf zu unterscheiden von dem für den Eigenbesitzer vorhandenen Rechtsanschein. Alle drei fallen unter den Begriff Rechtsschein. Aber als solcher wirken alle drei nach verschiedener Richtung hin: dem Gesetzgeber, dem Richter, dem Eigenbesitzer gegenüber. Immer finden sich diese drei Rechtscheine beisammen. Der für den Gesetzgeber vorhanden gewesene Rechtschein, die abstrakte Rechtswahrscheinlichkeit, ist jedoch der Vater der beiden anderen Rechtscheine. In der Literatur werden die drei bis heute, selbst von Anhängern der Rechtscheinslehre, vielfach miteinander verwechselt. Da darf man sich nicht wundern, solche Verwechslung auch in Prot. 3, 230 zu finden. Hier heißt es: der Ersitzung „liege der Gedanke zugrunde, daß der redliche Eigenbesitz eine gewisse Präsumtion für das Eigentum bilde; wer eine bewegliche Sache während eines bestimmten Zeitraumes als Eigenbesitzer besessen habe, solle deswegen mit dem Ablaufe des Zeitraumes das volle Eigentum erwerben." Hier sind zum mindesten nicht voneinander geschieden die im Hinblick auf den Eigenbesitz für den Gesetzgeber vorhandene abstrakte Rechtswahrscheinlichkeit des Eigentumes, die man immerhin eine abstrakte Rechtsvermutung, eine Präsumtion in diesem Sinne nennen mag, und der für den Eigenbesitzer bestehende Rechtsanschein des Eigentumes, bei dem von einer Präsumtion nicht gesprochen werden kann. Indes ist in jener Auffassung der II. Komm. bereits das nicht zum vollen Bewußtsein durchgedrungene richtige Gefühl zu spüren, daß die genannte abstrakte Präsumtion des Gesetzgebers der Grund für

§ 3
Rechtsanschein des Eigentums wider Willen des wirklichen Eigentümers

Rechtshindernde Tatsachen stellen auch die Tatbestände dar, durch die eine Hemmung, Ablaufunterbrechung[23]) oder Unterbrechung[24]) der Ersitzung begründet wird. Von Hemmung und Ablaufunterbrechung der Ersitzung kann man dann sprechen, wenn eine Hemmung oder Ablaufunterbrechung der Verjährung des Eigentumsanspruches gegeben ist. In diesem Sinne handelt § 939 BGB. von Hemmung und Ablaufunterbrechung der Ersitzung, indem er bestimmt:

---

den Rechtsanschein ist, auf welchen letzteren extensiv vertrauend der redliche Eigenbesitzer das volle Eigentum erwirbt.

Während die II. Komm. in der eben mitgeteilten Äußerung abstrakte Rechtswahrscheinlichkeit und Rechtsanschein nicht voneinander trennt, vermengt sie kurz darauf konkrete Rechtswahrscheinlichkeit und Rechtsanschein. Prot. 3, 231 teilen nämlich als ihre Meinung mit: „Durch das Rechtsinstitut der Ersitzung werde eine Präsumtion für das Eigentum aufgestellt, und zwar mit der Wirkung, daß, wenn innerhalb einer bestimmten Frist kein anderer seine Eigentumsansprüche mit Erfolg geltend macht, das präsumtive Eigentum sich in volles Eigentum verwandele. Die Voraussetzungen für den Eigentumserwerb durch Ersitzung seien indessen nicht gegeben, wenn der wahre Eigentümer infolge objektiver oder auch subjektiver Hindernisse der Rechtsverfolgung außerstande gesetzt sei, die aus dem Besitze des anderen sich ergebende Vermutung für das Eigentum des anderen dadurch zu widerlegen, daß er seinerseits die Eigentumsklage erhebe und seine Ansprüche zur Anerkennung bringe." In dieser Ausführung ist andauernd die konkrete Rechtswahrscheinlichkeit des Eigentumes, d. h. die für den Richter bestehende, durch die Eigentumsklage widerlegbare Rechtsvermutung (präsumtio iuris) des Eigentumes mit dem für den Eigenbesitzer bestehenden Rechtsanscheine des Eigentumes durcheinandergeworfen, also der amtswirksame Rechtschein mit dem privatwirksamen Rechtschein. Hierbei ist gleichzeitig die durch die Eigentumsklage erfolgende Widerlegung der für den Richter bestehenden Rechtsvermutung (des amtswirksamen Rechtsscheins) damit verwechselt, daß durch die Eigentumsklage dem Eigenbesitzer die Schutzwürdigkeit des Vertrauens auf den Rechtsanschein entzogen wird (vgl. unten § 5). Indes ist letzteres auch hier schon unbewußt gefühlt.

Indem bei der Ersitzung der Eigenbesitzer in seinem extensiven schutzwürdigen Vertrauen auf den extensiven Rechtsanschein seines Eigentumes dadurch geschützt wird, daß er das Eigentum erwirbt, kommt dies natürlich auch dem Eigenbesitzer zugute, der wirklicher Eigentümer ist, insofern nämlich, als er sich gegebenenfalls, statt einen anderen, vielleicht schwierigeren Beweis seines Eigentumes zu führen, auf die Ersitzung berufen kann. Dann wirkt die Ersitzung als Beweisersatz (vgl. dazu Naendrup, Verjährung a. a. O. S. 238ff.), was aber wegen der Eigentumsvermutung des § 1006 praktisch nur selten Bedeutung haben wird. (Vgl. Brodmann, Vorb. 3 vor § 937. Kober, Vorb. IV vor § 937, hält freilich die Beweisersatzbedeutung der Ersitzung für praktisch wichtig. Ebenda weitere Literatur.) Jedenfalls steht aber, wie bei der Verjährung, so auch bei der Ersitzung der Beweisersatzgedanke erst in zweiter Linie. Hier wie dort ist die primäre Idee der Rechtsanscheinsgedanke, zufolge dessen ein Nichtberechtigter im schutzwürdigen Vertrauen auf einen Rechtsanschein geschützt wird. (Vgl. hierzu Naendrup, Verjährung a. a. O. S. 245ff., 272f., 278, 282f., 284, 291, 300f.). Soweit der wirkliche Eigentümer sich der Beweisersatzfunktion der Ersitzung bedient, tut er es natürlich vermittels der konkreten Rechtswahrscheinlichkeitswirkung der Ersitzung, d. h. mittels ihrer Vermutungswirkung gegenüber dem Richter. Die Rechtsanscheinswirkung der Ersitzung kann für den wirklichen Eigentümer wegen seines bereits auf anderem Wege erworbenen Eigentumes überhaupt keine Rolle spielen. Denn er kann ein Eigentum, welches er schon hat, nicht nochmals erwerben.

Die II. Komm. hat die Beweisersatz- und die Rechtsanscheinsfunktion der Ersitzung unbewußt gefühlt, wenn sie (nach Prot. 3, 230) erwogen hat: „Das mit der Vollendung eintretende Ereignis stehe häufig mit der materiellen Rechtslage in Einklang; es sei jedoch nicht ausgeschlossen, daß infolge der Anerkennung des Instituts der Ersitzung der materiell berechtigte Eigentümer sein Eigentum verliere." Im Hintergrunde des Bewußtseins hat beim ersten Teile dieses Satzes der Beweisersatzgedanke gestanden, beim zweiten Teile der Rechtsanscheinsgedanke. Das Wesen beider und ihr Verhältnis zueinander, d. h. die primäre Bedeutung des Rechtsanscheinsgedankens ist hier aber noch keineswegs erfaßt.

[23]) Richtig daher KommRGR. § 939 A. 2: „Beweispflichtig ist für das Hindernis, wer sich darauf beruft." Ebenso Kober § 939 Erl. 3; auch Brodmann § 939 Erl. 5: „Die Beweislast bezüglich des Bestehens eines der hier fraglichen Hindernisse trifft den Gegner des Ersitzenden."

[24]) Vgl. Kober § 940 Erl. 3.

„Die Ersitzung kann nicht beginnen und, falls sie begonnen hat, nicht fortgesetzt werden, solange die Verjährung des Eigentumsanspruches gehemmt ist oder ihrer Vollendung die Vorschriften der §§ 206, 207 entgegenstehen."

Die Hemmung der Verjährung kann sein eine Laufhemmung oder eine Ablaufhemmung. Die Laufhemmung tritt ein in irgendeinem Zeitpunkte des Laufes der Verjährungsfrist, kann den Beginn oder die Fortsetzung des Laufes hindern. Die Ablaufhemmung der Verjährung hindert lediglich den „Ablauf", d. h. den Lauf (Beginn oder Fortsetzung[25]) der letzten 6 Monate der Verjährung[26]). Während im Falle der Ablaufhemmung der vorher verstrichene Teil des Ablaufes, d. h. der Sechsmonatsfrist sich nachher fortsetzt, muß bei der Ablaufunterbrechung nachher der Ablauf[27]) von neuem beginnen[28]). Mit Laufhemmungen der Verjährung befassen sich die §§ 202 und 204 BGB.[29]). Eine Ablaufhemmung der Verjährung haben wir vor uns in § 203[30]). Dagegen handelt es sich um Ablaufunterbrechung der Verjährung in §§ 206 und 207[31]).

Entsprechend ergeben sich aus §§ 939 in Verbindung mit 202 und 204 Laufhemmungen der Ersitzung, aus § 939 in Verbindung mit § 203 eine Ablaufhemmung der Ersitzung und aus § 939 in Verbindung mit § 206 und 207 Ablaufunterbrechungen der Ersitzung.

Eine Laufhemmung der Ersitzung[32]) liegt nach § 939, vor, solange die Verjährung des Eigentumsanspruches gegen den Besitzer gemäß §§ 202 oder 204 gehemmt ist, nämlich solange der Besitzer (etwa wegen eines zeitweiligen Rechtes zum Besitze aus § 986 oder wegen eines Zurückbehaltungsrechtes) vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist (§ 202[33]) oder solange zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer das Pietätsverhältnis einer Ehe[34]), einer minderjährigen Kindschaft oder einer Vormundschaft[35]) obwaltet (§ 204).

---

[25]) Vgl. Naendrup a. a. O. S. 265.

[26]) Freilich bei einer Verjährungsfrist von 6 Monaten oder weniger auch den Beginn. Vgl. Fischer-Henle, BGB. § 203 A. 2.

[27]) Oder gegebenenfalls die kürzere Verjährungsfrist (§ 206 I S. 2, § 207 S. 2). Vgl. Naendrup, Verjährung S. 268.

[28]) Vgl. Naendrup, Verjährung S. 266ff., 267 f.

[29]) Ebenda S. 252—260 und 260—263.

[30]) Ebenda S. 263—266.

[31]) Daß man in den Fällen der §§ 206 und 207 sich nicht mit der herrschenden Bezeichnung „Ablaufhemmung" zufriedengeben, sondern nur von Ablaufunterbrechung sprechen darf, habe ich in meinem Aufsatze „Die Verjährung als Rechtscheinswirkung" a. a. O. S. 266f. gezeigt.

[32]) Kober, §§ 939 Erl. 1 a, bezeichnet als Hemmung der Ersitzung nur die Beginnhemmung und stellt ihr lediglich die Nichtvollendung der Ersitzung gegenüber, unter welchen Begriff also die Laufhemmung mit Ausnahme der Beginnhemmung, ferner die Ablaufhemmung und die Ablaufunterbrechung fallen würden. Ich möchte glauben, daß man die letzteren drei mehr differenzierten Begriffe zur besseren Verständigung nicht entbehren kann. Es mag sich sogar empfehlen, unter Mitverwertung des einen Teiles der Koberscher Terminologie folgende Reihe aufzustellen: 1. Beginnhemmung; 2. Laufhemmung; 3. Ablaufhemmung; 4. Ablaufunterbrechung.

[33]) Brodmann zu § 939 Erl. IIIa meint, daß der nach § 202 auf dem Bestehen einer verzögerlichen Einrede beruhende Hemmungsgrund der Verjährung für die Ersitzung nicht in Betracht komme, weil ein Besitzer, wenn er nur vorübergehend zur Verweigerung der Herausgabe der Sache berechtigt sei, nicht gutgläubiger Eigenbesitzer sein könne. Dies trifft nicht zu. Fälle, in denen der Besitzer dann doch gutgläubiger Eigenbesitzer ist, können sich ergeben, wenn der Erbe nicht erfährt, daß er in Ansehung einer im Nachlasse befindlichen fremden Sache nur vorübergehend zur Verweigerung der Herausgabe berechtigt ist, sich vielmehr für den Eigentümer hält. Auch sonst sind solche Fälle denkbar (Vgl. dazu Kipp[-Windscheid] 1, 939). Eine Anwendung des § 202 auf die Ersitzung ist demnach durchaus möglich. (So auch Biermann § 939 Erl. 1 a, Kober § 939 Erl. 2a).

[34]) „Heiraten sich also Eigentümerin und Besitzer oder Eigentümer und Besitzerin, so wird die Ersitzung dadurch zwar nicht unterbrochen, sie tritt aber in ein Stadium des Ruhens. Freilich wird dabei der Besitzer häufig erfahren, daß ihm das Eigentum nicht zusteht." Biermann § 939 Erl. 1c.

[35]) Jede Art der Vormundschaft. Vgl. Biermann a. a. O.

Für den Eigentümer besteht im ersten Falle solcher Laufhemmung der Ersitzung (§ 939 u. 202) ein rechtliches[36]), im zweiten Falle (§§ 939 u. 204) ein sittliches[37]) Hindernis der Rechtsverfolgung, d. h. der gerichtlichen Geltendmachung seines Eigentumsanspruches gegen den Besitzer.

Eine Ablaufhemmung der Ersitzung ist nach 939 vorhanden, solange die Verjährung des Eigentumsanspruches auf Grund des § 203 gehemmt ist, d. h. solange der Eigentümer durch höhere Gewalt, insbesondere durch Stillstand der Rechtspflege innerhalb der letzten 6 Monate der Verjährungsfrist an der Rechtsverfolgung verhindert ist. Es liegt dann für den Eigentümer ein tatsächliches oder tatsächlich-rechtliches[38]) Hindernis der Rechtsverfolgung vor.

Schließlich wird eine Ablaufunterbrechung der Ersitzung nach § 939 dadurch begründet, daß der Vollendung der Verjährung des Eigentumsanspruches die Vorschrift des § 206 oder des § 207 entgegensteht, d. h. dadurch, daß innerhalb der letzten 6 Monate der Verjährungsfrist der Eigentümer geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt und ohne gesetzlichen Vertreter ist (§ 206) oder dadurch, daß während jener Ablaufzeit der Verjährung des Eigentumsanspruches der Eigentümer oder der Besitzer stirbt (§ 207). Die Ablaufunterbrechung der Ersitzung dauert im ersten Falle bis der Eigentümer unbeschränkt geschäftsfähig wird oder der Mangel der Vertretung aufhört, im zweiten Falle bis die Erbschaft des Eigentümers oder Besitzers von dem Erben angenommen oder der Nachlaß durch Eröffnung des Nachlaßkonkurses in der Person des Konkursverwalters einen Vertreter erhält oder für den Nachlaß bzw. für den Erben ein sonstiger Vertreter bestellt wird (Nachlaßverwalter oder Nachlaßpfleger gemäß § 1961, Testamentsvollstrecker gem. § 2213, Abwesenheitspfleger für den abwesenden Erben gemäß §§ 1911, 1915). In beiden Fällen beruht die Ablaufunterbrechung der Ersitzung darauf, daß für die Verfolgung des Eigentumsanspruches gegen den Besitzer ein tatsächlich-rechtliches Hindernis (§ 206) oder wenigstens eine tatsächlich-rechtliche Beengung besteht[39]).

Laufhemmung, Ablaufhemmung und Ablaufunterbrechung der Ersitzung haben hiernach den gemeinsamen Grund, daß der Eigentümer irgendwie (sei es rechtlich, sei es sittlich, sei es tatsächlich-rechtlich[40]) in der Verfolgung seines Anspruches gegen den Besitzer gehindert ist und so nur gezwungermaßen, wider seinen Willen auf seiten des Eigenbesitzers den Eigenbesitz als Rechtsanschein des Eigentumes und das schutzwürdige Vertrauen auf diesen Rechtsanschein bestehen läßt. Folglich ist Anlaß vorhanden, während jener Hemmnisse der Ersitzung solches Vertrauen des Eigenbesitzers nicht nach dem Rechtscheinsprinzip zu Lasten des Eigentümers zu schützen. Denn nach diesem Prinzip wird im allgemeinen das schutzwürdige Vertrauen auf einen Rechtsanschein nur zu Lasten dessen geschützt, der den Rechtsanschein mit seinem Willen hat entstehen oder bestehen lassen[41]).

Wenn also auch während der Laufhemmung und Ablaufhemmung der Ersitzung das schutzwürdige Vertrauen des Eigenbesitzers auf den Rechtsan-

---

[36]) Vgl. Naendrup, Verjährung S. 260.
[37]) Ebenda S. 260ff.
[38]) Ebenda, S. 263.
[39]) Ebenda S. 267—271.
[40]) Die II. Komm. (Prot. 3, 231) verwendet statt dessen den Begriff der objektiven oder subjektiven Behinderung in der Rechtsverfolgung. Ebenso Kober § 939 Erl. 1.
[41]) Vgl. Naendrup, Rechtscheinsforschungen 1, 3ff.; Verjährung als Rechtscheinswirkung a. a. O. S. 246, 289f, 294.

schein seines Eigentumes nicht zu Lasten des Eigentümers geschützt wird[42]), so ist doch die Tatsache, daß in jenen Fällen der Rechtsanschein und das schutzwürdige Vertrauen auf seiten des Eigenbesitzers fortbesteht, wieder zu dessen Gunsten berücksichtigt worden. Aus diesem Grunde setzt sich nämlich nach Fortfall des Hindernisses für die Eigentumsklage, wenn der Eigenbesitzer weiter auf den Rechtsanschein seines Eigentumes schutzwürdig vertraut, bei der Laufhemmung die vor Eintritt des Hindernisses begonnene Ersitzung und bei der Ablaufhemmung der vorher begonnene Ablauf der Ersitzung fort[43]).

Die Ablaufunterbrechung der Ersitzung berührt sich, soweit ihr Grund (Fortbestand des Rechtsanscheines und schutzwürdigen Vertrauens auf seiten des Eigenbesitzers wider Willen des Eigentümers) in Betracht kommt, mit der Laufhemmung und Ablaufhemmung der Ersitzung[44]). In Ansehung ihrer Wirkung (Neubeginn des Ablaufes der Ersitzung nach Beendigung der Ablaufunterbrechung) bildet sie aber bereits einen Übergang zur Unterbrechung der Ersitzung.

§ 4
Verlust des Rechtsanscheins

Die Wirkung der Unterbrechung regelt § 942 folgendermaßen:

> „Wird die Ersitzung unterbrochen, so kommt die bis zur Unterbrechung verstrichene Zeit nicht in Betracht; eine neue Ersitzung kann erst nach der Beendigung der Unterbrechung beginnen."

Diese von der Wirkung der Hemmung (Laufhemmung und Ablaufhemmung) abweichende Wirkung der Unterbrechung beruht in ihrem anderen Grunde:

Kommt die Hemmung der Ersitzung dem Eigentümer deshalb zustatten, weil er an der Erhebung der Eigentumsklage gehindert ist und deswegen den Eigenbesitz als Rechtsanschein des Eigentumes für den Eigenbesitzer nur unfreiwillig bestehen läßt, so ist der Grund der Unterbrechung der, daß der Eigenbesitzer entweder den Eigenbesitz als Rechtsanschein seines Eigentumes oder das schutzwürdige Vertrauen auf den Rechtsanschein verloren hat.

Der erste dieser Unterbrechungsfälle ist enthalten in § 940 I: „Die Ersitzung wird durch den Verlust des Eigenbesitzes unterbrochen." Solcher Verlust kann entweder dadurch eintreten, daß der Besitz überhaupt verlorengeht (ohne Willen des Besitzers, z. B. durch Diebstahl, oder mit seinem Willen, z. B. durch Übertragung) oder dadurch, daß der Besitz aufhört, Eigenbesitz zu sein (z. B. indem er durch constitutum possessorium nach § 930 Fremdbesitz wird[45]).

---

[42]) In der II. Komm. standen sich zwei Ansichten gegenüber. Die eine wollte lediglich auf den redlichen Eigenbesitzer, die andere auch auf den verlierenden Eigentümer Rücksicht nehmen (Prot. 3, 230f.). Im Grunde wollte die erste das schutzwürdige Vertrauen des Eigenbesitzers auf den Rechtsanschein auch dann schützen, wenn der Eigentümer durch objektive oder subjektive Hindernisse der Rechtsverfolgung genötigt war, wider seinen Willen den Rechtsanschein und das schutzwürdige Vertrauen für den Eigenbesitzer bestehen zu lassen. Die zweite Meinung, d. h. diejenige der Mehrheit, versagte solchenfalls dem Eigenbesitzer den Vertrauensschutz.

[43]) Daß die Laufhemmung den Rechtsanschein und das schutzwürdige Vertrauen auf seiten des Eigenbesitzers nicht beeinträchtigt, muß zu dessen Gunsten auch insofern berücksichtigt werden, als im Falle einer Laufhemmung, die schon den Beginn der Ersitzung hemmt, für den Zeitpunkt, in dem die Hemmung endigt, das schutzwürdige Vertrauen des Eigenbesitzers nicht etwa zweifach widerleglich zu vermuten ist. Diese ungünstigere Vermutung gilt vielmehr auch in solchem Falle schon für den Augenblick des Eigenbesitzerwerbes, also des Beginnes der Laufhemmung. Für die Fortdauer der letzteren wird dann aber das schutzwürdige Vertrauen des Eigenbesitzers bereits einfach widerleglich vermutet, und diese günstigere Vermutung läuft mit dem Ende der Laufhemmung weiter. Auf dasselbe kommt gefühlsmäßig hinaus Brodmann zu § 939 Erl. 4, während wir es hier aus dem allgemeinen Prinzip der Ersitzung folgern.

[44]) Vgl. Naendrup, Verjährung a. a. O. S. 267.

[45]) Biermann § 940 Erl. 1.

Der § 940 I ist aber abgeschwächt durch § 940 II:

„Die Unterbrechung gilt als nicht erfolgt, wenn der Eigenbesitzer den Eigenbesitz ohne seinen Willen verloren und ihn binnen Jahresfrist oder mittels einer innerhalb dieser Frist erhobenen Klage wiedererlangt hat."

Hier ist der alten deutschen ideellen Gewere des Dejektus Raum gegeben, die bis zum Ablaufe von Jahr und Tag nach der Dejektion bestehen blieb und lediglich Rechtschein war[46]).

Wie der Dejektus auf Grund solcher ideellen Gewere mittels Klage binnen Jahr und Tag die leibliche Gewere wiedererlangen konnte, so steht auch dem Eigenbesitzer, dem der Besitz ohne seinen Willen entzogen ist, gemäß §§ 861, 858, 864 grundsätzlich ein Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes zu[47]). Der gesetzgeberische Grund dieses Anspruches ist, abgesehen von der Unterdrückung verbotener Eigenmacht (Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung), wenigstens soweit es sich um bewegliche Sachen handelt, die abstrakte Rechtswahrscheinlichkeit, daß ein Besitzer, dem der Besitz ohne seinen Willen entzogen sein werde, sowohl vor als nach diesem Besitzverluste der Eigentümer sein werde. Solche für den Gesetzgeber vorhanden gewesene abstrakte Rechtswahrscheinlichkeit liegt als gesetzgeberisches Motiv nicht bloß dem § 861, sondern auch dem § 1007 und dem § 1006 zugrunde und hat im letztgenannten Paragraphen dazu geführt, auch dem Richter eine entsprechende konkrete Rechtswahrscheinlichkeit, d. h. eine entsprechende Rechtsvermutung vorzuschreiben. Die freilich noch weitergehende Bestimmung in § 1006 II enthält die Rechtsvermutung, daß der Besitzer einer beweglichen Sache, dem der Besitz ohne seinen Willen entzogen ist, vor dem Besitzverlust Eigentümer der Sache gewesen ist. Diese Vermutung wird ergänzt durch die — von Geld und Inhaberpapieren abgesehen — in § 1006 I S. 2 steckende Rechtsvermutung, daß ein solcher Besitzer auch nach dem Besitzverlust Eigentümer der Sache geblieben ist, eine Vermutung, die übrigens auch schon aus der Vermutung des § 1006 II in Verbindung mit dem Trägheitsgesetze folgen würde.

Der abstrakten Rechtswahrscheinlichkeit für den Gesetzgeber und der konkreten Rechtswahrscheinlichkeit für den Richter entspricht nun aber auch ein Rechtsanschein für den Eigenbesitzer[48]). Daß er für ihn vor dem Verluste des Eigenbesitzes vorhanden ist, bedarf keiner weiteren Erörterung. Gemäß der Idee von § 940 II besteht er aber offenbar auch nach dem unfreiwilligen Verluste des Eigenbesitzes zunächst wenigstens so lange fort, als die Besitzentziehungsklage aus § 861, die alte Klage aus der ideellen Gewere, d. h. der reinen Rechtscheinsgewere des Dejektus, gegeben ist, mithin noch ein Jahr lang nach jenem Verluste.

Hieraus folgt ohne weiteres, daß der frühere Eigenbesitzer, wenn er binnen dieses Jahres den ohne seinen Willen verlorenen[49]) Eigenbesitz[50]) irgend-

[46]) Nach Mot. 3, 354 war das Muster für § 940 II BGB. der Art. 2243 Code civil. Aber schon hier lag der Gedanke der ideellen Gewere des Dejektus zugrunde.

[47]) Vgl. hierzu Schreuer, Deutsches Privatrecht S. 110.

[48]) Vgl. oben S. 43 f. A. 22.

[49]) Vgl. Brodmann zu § 940 Erl. 2aα. Ohne seinen Willen hat der Eigenbesitzer den Besitz m. E. auch dann verloren, wenn er ihn auf Grund eines Rechtsgeschäftes aufgegeben hat, das wegen Willensmangels anfechtbar ist. Vgl. Dernburg, BR. § 106 II 5; Brodmann § 940 Erl. 2aα. A. M. Biermann § 940 Erl. 2a; Goldmann-Lilienthal II § 19 Anm. 40 S. 86; Kober § 940 Erl. 2α.

[50]) Richtig M. Wolff § 71 III 1: „Der unfreiwillige Verlust kann Verlust des unmittelbaren Besitzes ... oder des mittelbaren Besitzes sein ... So ist die Ersitzung nicht unterbrochen, wenn der Ersitzungsbesitzer die Sache vermietet und der Mieter sie unterschlägt."

Dies ist nur in dem Sinne zu verstehen, daß die Ersitzung nicht unterbrochen ist, wenn der Ver-

wie[51]) wiedererlangt, den Rechtsanschein seines Eigentumes niemals verloren hat. Vernünftigerweise muß aber dasselbe gelten, wenn er binnen jener Jahresfrist auch nur die Besitzentziehungsklage aus § 861 auf Wiedereinräumung des Besitzes erhebt und mit ihr, obwohl erst nach Ablauf des Jahres, zum Ziele gelangt. Wenn nun aber in dem Falle, daß durch den binnen des Jahres anhängig gemachten Besitzschutzanspruch der ohne Willen verlorene Eigenbesitz wiedererlangt ist, trotz des vorübergehenden Besitzverlustes der Rechtsanschein für den Eigenbesitzer bestehen blieb, so ist dies vollends anzunehmen, falls der frühere Eigenbesitzer binnen jener Jahresfrist mittels einer anderen als rein possessorischen Klage, etwa mittels einer Klage aus § 1007 oder mittels der petitorischen Eigentumsklage aus § 985, den Eigenbesitz wiedererlangt hat[52]). Darum spricht § 940 II ganz allgemein von Wiedererlangung des Eigenbesitzes mittels einer innerhalb der Jahresfrist erhobenen Klage.

In allen diesen Fällen ist demnach trotz zeitweiligen Verlustes des Eigenbesitzes der Rechtsanschein des Eigentumes für den bisherigen Eigenbesitzer bestehen geblieben. Eine Unterbrechung der Ersitzung wegen Fortfalles des

---

mieter als bisheriger mittelbarer Besitzer binnen Jahresfrist oder mit einer binnen Jahresfrist angestellten Klage die vom Mieter unterschlagene Sache in seinen mittelbaren oder unmittelbaren Besitz zurückerhält. Dieselbe Meinung vertritt Biermann § 939 Erl. 2a. Dagegen ist Kipp-Windscheid 1, 939 der Ansicht, daß der unmittelbare Besitzer durch Unterschlagung den mittelbaren Eigenbesitz nicht zerstören könne, da dieser fortdauere, solange nur das zugrunde liegende Verpflichtungsverhältnis bestehe. Dem läßt sich nicht beitreten (wie ja auch Wolff a. a. O. auf einem anderen Standpunkte steht; vgl. ferner RGRKomm. § 940 A. 3.) Dann kann auch nicht, abgesehen vom Falle des § 940 II, wie Kipp meint, trotz der Unterschlagung des unmittelbaren Besitzers die Ersitzung des mittelbaren Besitzers einfach weiterlaufen. Darin freilich ist Kipp recht zu geben, daß im Falle der Unterschlagung der unmittelbare Besitzer nicht gegen den mittelbaren Besitzer ersitzen kann. Grund hierfür ist aber, daß ihm das schutzwürdige Vertrauen auf den Rechtsanschein seines Eigentumes fehlt. Die Schutzwürdigkeit des Vertrauens ist vielleicht auch noch dem bisherigen besitzvermittelnden unmittelbaren Besitzer abzustreiten, der „zum Eigenbesitzer wird, indem er das mittelbare Besitzverhältnis vergißt, z. B. ein vorlängst geliehenes Buch anfängt, für ein gekauftes zu halten" (Kipp a. a. O.). Auch er kann dann nicht gegen den mittelbaren Besitzer ersitzen. Aber weder im Falle der Unterschlagung noch in dem des Vergessens hat dies seinen Grund darin, daß der mittelbare Besitzer den mittelbaren Besitz behalten habe. (So Kipp.) Denn in beiden Fällen ist ja der unmittelbare Besitzer, wie Kipp selbst annimmt, Eigenbesitzer geworden. Dies schließt eine weitere Besitzvermittelung durch ihn aus, da ein besitzvermittelnder Besitzer nur (Arg. § 868: Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher usw.) Fremdbesitzer sein kann. Deshalb kann der Erbe des ursprünglichen besitzvermittelnden Besitzers, wenn er gutgläubiger Eigenbesitzer geworden ist, gegen den früheren mittelbaren Besitzer ersitzen (A. M. Kipp), weil er nicht bloß dessen mittelbaren Besitz zufolge seines Eigenbesitzes verdrängt hat, sondern auch auf den Rechtsanschein seines Eigentumes vertraut. In allen drei Fällen, dem der Unterschlagung, des Vergessens und des Erben kann die Ersitzung des früheren mittelbaren Besitzers nur weiterlaufen, wenn dieser sich des § 940 II bedient. Damit wird ihm aber auch eine dem Bedürfnis entsprechende, völlig ausreichende Hilfe zuteil. Versäumt er die Jahresfrist, an die sie gebunden ist, hat er es sich selbst zuzuschreiben.

Im übrigen ist m. E., solange neben dem unmittelbaren Besitz ein mittelbarer Besitz besteht, nicht bloß, wie Kipp (S. 938) meint, in der Regel der mittelbare Besitzer der Eigenbesitzer, sondern immer. Durch schutzwürdiges Vertrauen auf den Rechtsanschein seines Eigentumes kann er dann also stets ersitzen. Darüber, daß bei mehrstufigem mittelbaren Besitz die Ersitzung demjenigen zugute kommt, welcher von dem unmittelbaren Besitzer am entferntesten steht, sowie über das Ersitzungsverhältnis, wenn mehrere mittelbare Besitzer auf gleicher Stufe stehen, vgl. Kipp S. 938.

„Durch Umwandlung des unmittelbaren Eigenbesitzes in mittelbaren oder umgekehrt, geht der Eigenbesitz nicht verloren" (Kober § 940 Erl. 1a. Vgl. auch Biermann § 940 Erl. 1b).

[51]) Sei es durch verbotene Eigenmacht, sei es durch freiwillige Rückgabe (M. Wolff a. a. O. § 71 III 1 nach A. 15; Brodmann § 940 Erl. 2aβ; Kober § 940 Erl. 2β) sei es durch Zwangsvollstreckung (vgl. Biermann § 940 Erl. 2a) insbes. zufolge einer Klage.

[52]) Vgl. Brodmann zu § 940 Erl. 2aβ.

Rechtsanscheines ist also insoweit überhaupt nicht erfolgt[53] [54]), wird nicht etwa bloß wieder rückgängig gemacht[55]).

§ 5
Verlust der Schutzwürdigkeit des Vertrauens

Die Ersitzung wird aber, wie gesagt, nicht bloß durch den Verlust des Rechtsanscheines, sondern auch durch den Verlust des schutzwürdigen Vertrauens auf den Rechtsanschein unterbrochen. Und zwar muß logischerweise sowohl der Verlust der Schutzwürdigkeit des Vertrauens als auch der Verlust des Vertrauens an sich die Unterbrechung der Ersitzung zur Folge haben.

Soweit nun freilich das Vertrauen an sich nicht verloren ist, gilt im allgemeinen auch die Schutzwürdigkeit des Vertrauens als nicht verloren, da insoweit regelmäßig eine unwiderlegliche Vermutung für diese Schutzwürdigkeit spricht[56]). Nur in dem Ausnahmefalle des § 941 BGB.[57]) kann die Schutzwürdigkeit des Vertrauens selbständig, d. h. unter Fortbestand des Vertrauens verlorengehen, was dann eben eine Unterbrechung der Ersitzung mit sich bringt. Der § 941 I sagt in S. 1:

> „Die Ersitzung wird unterbrochen, wenn der Eigentumsanspruch gegen den Eigenbesitzer oder im Falle eines mittelbaren Eigenbesitzes gegen den Besitzer gerichtlich geltend gemacht wird, der sein Recht zum Besitze von dem Eigenbesitzer ableitet."

Durch die hiermit vor Gericht erhobene Behauptung seines Eigentumes mahnt der Eigentümer in rechtsförmlicher Weise[58]) den Eigenbesitzer unmittelbar oder

---

[53]) Infolgedessen wird selbstverständlich in die Ersitzungszeit die Zwischenzeit seit dem Besitzverlust eingerechnet (vgl. Kober § 940 Erl. 2) und läuft auch nach dem Wiedererwerbe der Sache die vorher schon geltende bloß einfach widerlegliche Vermutung des schutzwürdigen Vertrauens weiter. Vgl. auch (Kipp-Windscheid) 1, 941.

[54]) Gleichwohl ist es zutreffend, wenn M. Wolff § 71 III 1 sagt: „Wohl ist aber die Fortsetzung der Ersitzung ausgeschlossen, wenn ein Zwischenmann beim Besitzerwerbe das Eigentum erlangt, z. B. die beim Ersitzungsbesitzer gestohlene Sache in öffentlicher Versteigerung gekauft hat; erlangt in solchem Falle der Bestohlene den Besitz auf irgendeine Weise zurück, so müßte er gegen den neuen Eigentümer eine neue Ersitzung beginnen." (Zustimmend Brodmann § 940 Erl. 2aα; Biermann § 940 Erl. 2c.) Hier beruht die Unterbrechung der Ersitzung indes nicht auf einem Fortfalle des Rechtsanscheines, auch nicht auf einem Verluste der Schutzwürdigkeit des Vertrauens oder des Vertrauens an sich, überhaupt nicht auf einem Fortfall eines der drei Elemente der Ersitzung, sondern darauf, daß dem neuen Eigentümer, der sein Eigentum gemäß § 935 II in Verb. mit § 932 vom Scheineigentümer durch schutzwürdiges Vertrauen auf einen derivativen Rechtsanschein erwirbt, auch der bisherige wahre Eigentümer weichen müßte und darum selbstverständlich jetzt auch der Ersitzungsbesitzer, der ja noch nicht einmal Eigentum erworben hat, mit der bisher zu seinen Gunsten verstrichenen Ersitzungszeit.

Zu den drei Hauptfällen der Unterbrechung einer Ersitzung tritt insofern noch eine vierte Möglichkeit hinzu.

[55]) Wie Brodmann Erl. 2 zu § 940 meint.

[56]) Vgl. oben S. 37.

[57]) Vgl. oben S. 37, 40, 43.

[58]) Da der außergerichtlichen Geltendmachung oder Aufforderung zur Anerkennung des Anspruches diese Rechtsförmlichkeit fehlt, so hat der Eigenbesitzer keine Veranlassung, sie gleich ernst zu nehmen. Sie entzieht ihm daher nicht die Schutzwürdigkeit des Vertrauens und unterbricht deshalb an sich die Ersitzung nicht (vgl. KommRGR. § 941 A. 4). Auch ist es wegen der, abgesehen vom Falle der gerichtlichen Geltendmachung des Eigentumsanspruches, unwiderleglichen Vermutung der Schutzwürdigkeit des Vertrauens zur Unterbrechung der Ersitzung nicht hinreichend, wenn der Eigenbesitzer auf Grund der außergerichtlichen Interpellation an seinem Eigentume zu zweifeln beginnt, im Vertrauen auf den Rechtsanschein seines Eigentumes wankend wird. Wenn aber die Folge jener Interpellation der Verlust dieses Vertrauens, also die positive Kenntnis vom Fehlen seines Eigentums, ein Erfahren solchen Fehlens ist, so kann damit eine Unterbrechung eintreten, die jedoch an dieser Stelle noch nicht zur Erörterung steht (vgl. unten S. 55 f.). Ein derartiger unterbrechender Vertrauensverlust wird meist aus einer Anerkennung des fremden Eigentumes durch den Eigenbesitzer zu schließen sein. (Vgl. auch Biermann § 941 Erl. 1b; Kober § 941 Erl. 1a.)

mittelbar zur Vorsicht bezüglich seines Vertrauens auf den Rechtsanschein, entzieht er also einem unbedingten Vertrauen auf den Rechtsanschein die sichere Grundlage, macht er dieses Vertrauen für den Fall, daß der Rechtsanschein mit dem wirklichen Eigentum sich nicht deckt, grobfahrlässig, schutzunwürdig[59])[60]). Insofern wirkt die gerichtliche Geltendmachung des Eigentumsanspruches[61]) entsprechend der Eintragung eines Widerspruches im

[59]) M. Wolff, Sachenrecht § 71 III stellt die Unterbrechung der Ersitzung durch Geltendmachung des Eigentumsanspruches gegen den Eigenbesitzer oder seinen Besitzmittler oder gegen den Zwischenbesitzer im Falle des § 940 II in Gegensatz zu der Unterbrechung durch Fortfall einer Ersitzungsvoraussetzung. Da aber nach meinen Ausführungen im Text durch jene Geltendmachung des Eigentumsanspruches dem Eigenbesitzer die Schutzwürdigkeit des Vertrauens entzogen wird, so ist die darauf beruhende Unterbrechung ebenfalls eine solche, die durch Fortfall einer Ersitzungsvoraussetzung eintritt. Der genannte Gegensatz ist daher nicht gerechtfertigt.

[60]) Da im Falle eines mittelbaren Eigenbesitzes die gerichtliche Geltendmachung des Eigentumsanspruches gegen den mittelbaren Besitzer eine unmittelbare, die Geltendmachung gegen den unmittelbaren Besitzer aber eine mittelbare Mahnung des Eigenbesitzers zur Vorsicht und eine entsprechende Entziehung der Schutzwürdigkeit seines Vertrauens bedeutet, so ist ohne weiteres klar, daß bei mittelbarem Eigenbesitz nicht bloß eine Geltendmachung gegen den unmittelbaren Besitzer (was der zu eng gefaßte Wortlaut des § 941 auf den ersten Blick nur zu sagen scheint), sondern erst recht eine Geltendmachung gegen den mittelbaren Eigenbesitzer die Ersitzung unterbricht. (So richtig der Komm RGR. zu § 941 Nr. 3; vgl. ferner Erl. zu § 941 Brodmann 4, Fischer-Henle 3, Kober 1, Biermann 1c.)

Aus jener im Text festgestellten Bedeutung der Geltendmachung des Eigentumsanspruches ergibt sich weiter eine zweifelsfreie Antwort auf die Frage, ob die Geltendmachung gegen einen dritten Zwischenbesitzer, der den Eigenbesitzer vorübergehend aus dem Besitze verdrängt hat und dessen Besitzzeit nach § 940 II dem Eigenbesitzer angerechnet wird, die Ersitzung des Eigenbesitzers unterbricht. Dafür haben sich ausgesprochen II. Komm. (Prot. 3, 235), Hellwig, Grenzen der Rückwirkung (Gießener Festschr.) 15f., von Thur, Allg. T. II 1, 26, 105, M. Wolff, Sachenrecht § 71 III 2 A. 16; dagegen Biermann § 941 Erl. 1c, Brodmann § 941 Erl. 5, Kober § 941 Erl. 1, RGRKomm., überhaupt durchweg die Kommentare, was um so mehr ins Gewicht fällt, als die II. Komm., obwohl sie von sich aus die Frage bejahte, doch erklärt hat, die Entscheidung der Praxis überlassen zu wollen. Wenn, wie ich ausgeführt habe, die Unterbrechung durch gerichtliche Geltendmachung des Eigentumsanspruches darin ihren Grund hat, daß durch die in der Geltendmachung liegende unmittelbare oder mittelbare Mahnung zur Vorsicht dem Eigenbesitzer die Schutzwürdigkeit des Vertrauens entzogen wird, so muß auch die Geltendmachung als mittelbare Mahnung gegen jemanden gerichtet sein, durch dessen Vermittelung sie alsbald dem Eigenbesitzer zur Kenntnis zu kommen pflegt. Ein solcher regelmäßiger Vermittler ist nun zwar der den mittelbaren Eigenbesitz vermittelnde unmittelbare Besitzer (Mieter, Pächter, Nießbraucher u. dgl.) nicht aber der dritte Zwischenbesitzer (§ 940 II). Die Geltendmachung des Eigentumsanspruches gegen den letzteren unterbricht daher die Ersitzung nicht.

Die Geltendmachung gegen den unmittelbaren Besitzer als Besitzmittler des mittelbaren Eigenbesitzers führt die Unterbrechung auch dann herbei, wenn der mittelbare Eigenbesitzer von der Klage nichts erfährt. (RGRKomm. a. a. O.) Das Wesentliche ist nämlich, daß die in der Klage liegende mittelbare Mahnung zur Vorsicht durch den Besitzmittler dem mittelbaren Eigenbesitzer regelmäßig übermittelt zu werden pflegt.

Die Erhebung des Eigentumsanspruches wird freilich der Eigenbesitzer meist noch eher alsbald erfahren, wenn sie gegen seinen Besitzdiener gerichtet ist. Aber das ist keine mittelbare, sondern eine falsch adressierte unmittelbare Mahnung zur Vorsicht. Sie ist vom Gesetz als Grund für eine Unterbrechung der Ersitzung nicht berücksichtigt. (Vgl. Erl. zu § 941 RGRKomm. 3, Kober 1, Biermann 1c) obschon hierzu vielleicht doch Anlaß vorgelegen hätte.

Die Geltendmachung des Eigentumsanspruches gegen den Besitzmittler des mittelbaren Eigenbesitzers behält ihren Charakter als mittelbare Mahnung zur Vorsicht selbst dann, wenn der Kläger das Besitzvermittelungsverhältnis (Miete, Pacht, Nießbrauch usw.) und den mittelbaren Eigenbesitz nicht kennt. Auch wenn daher der Eigentümer „den Pächter in der Meinung verklagt, dieser sei Eigenbesitzer, unterbricht die Klage die Ersitzung des Eigenbesitzers“ (RGRKomm. § 941 A. 3).

[61]) Gemäß § 941 S. 2 in Verb. mit §§ 209 I BGB. u. 722 ZPO., 210, 209 II 1a, 209 II, 5, 220 BGB. kann diese geschehen durch Klage (oder Güteantrag) auf Herausgabe, auf Feststellung des Eigentums, auf Erteilung der Vollstreckungsklausel oder auf Erlassung des Vollstreckungsurteiles in bezug auf ein ausländisches Urteil, welches die Verpflichtung des Ersitzenden zur Herausgabe an den Eigentümer ausspricht, in gewissen Fällen durch Angehung einer Behörde zur Vorentscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs oder durch Angehung eines höheren Gerichtes zur Bestimmung des zuständigen Gerichtes, schließlich durch Vornahme einer Vollstreckungshandlung oder durch Stellung des Antrages auf Zwangsvollstreckung, endlich durch Erhebung des An-

Grundbuch als eine Protestation gegen das Vertrauen auf den Rechtsanschein[62]).

Anders als bei der Verjährung (§ 208) ist hier der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruches die außergerichtliche Anerkennung desselben als Unterbrechungsgrund nicht ausdrücklich an die Seite gestellt. Sie ist aber durchweg ein Zeichen dafür, daß der Eigenbesitzer das Fehlen seines Eigentums erkannt, also im Sinne des § 937 II erfahren hat[63]). Durch ihren Nachweis kann also die einfach widerlegliche Vermutung der Fortdauer seines schutzwürdigen Vertrauens widerlegt werden, kann bewiesen werden, daß der Eigenbesitzer das Vertrauen an sich verloren hat[64]). Das bedeutet gewöhnlich eine entgültige Ausschließung der Ersitzung[65]). Immerhin ist es denkbar, daß er das Vertrauen wiedererlangt. Dann hat eine Unterbrechung der Ersitzung stattgefunden. Dies ist aber nicht eineUnterbrechung wegen Verlustes der Schutzwürdigkeit des Vertrauens, sondern eine Unterbrechung wegen Verlustes des Vertrauens an sich, fällt daher unter den nächsten Paragraphen dieses Aufsatzes.

Eine Unterbrechung durch Entziehung der Schutzwürdigkeit des Vertrauens wird nur durch die gerichtliche Geltendmachung des Eigentumsanspruches herbeigeführt. Die hierin liegende unmittelbare oder mittelbare Aufhebung der Schutzwürdigkeit ist keine absolute, keine zugunsten eines jeden und für immer geltende, ist vielmehr eine relative[66]), ist in persönlicher und zeitlicher Beziehung beschränkt.

Ihre Beschränkung in persönlicher Beziehung beruht darin, daß durch die Geltendmachung des Eigentumsanspruches dem Eigenbesitzer die Schutzwürdigkeit des Vertrauens auf den Rechtsanschein nur insoweit entzogen wird, als er jetzt einzig und allein wegen der Eigentumsbehauptung des Klägers mit der Möglichkeit rechnen muß, selbst nicht Eigentümer zu sein. Die Schutzwürdigkeit seines Vertrauens auf den Anschein, doch Eigentümer zu sein, falls der Kläger es nicht ist, wird also durch die Klage von vornherein gar nicht berührt. Hierdurch erklärt sich § 941 S. 1:

> „Die Unterbrechung tritt jedoch nur zugunsten desjenigen ein, welcher sie herbeiführt",

d. h. zugunsten dessen, der den Eigentumsanspruch gerichtlich geltend macht[67]).

Die Beschränkung in zeitlicher Hinsicht ist schon durch das Wort „Unterbrechung" angedeutet, findet im übrigen namentlich durch den im § 941 I S. 2 entsprechend für anwendbar erklärten § 211 ihren Ausdruck, wo es in Abs. 1 S. 1 mit Bezug auf die Unterbrechung der Verjährung heißt:

> „Die Unterbrechung durch Klageerhebung dauert fort, bis der Prozeß rechtskräftig entschieden oder anderweit erledigt ist.
>
> Gerät der Prozeß infolge einer Vereinbarung oder dadurch, daß er nicht betrieben wird, in Stillstand, so endigt die Unterbrechung mit der letzten Prozeßhandlung der Parteien oder des Gerichtes."

---

spruches vor einem Schiedsgerichte. Darüber, daß die in § 209 II 1—4 aufgeführten Rechtsakte, abgesehen von 1a, ihrer Art nach als Geltendmachug des Eigentumsanspruches nicht in Betracht kommen können, vgl. KommRGR. zu § 941, Erl. 6.

[62]) Vgl. hierzu Naendrup, Verjährung a. a. O. S 287f., S. 304, S 307f., 314f.

[63]) Vgl. oben S. 50 A. 58; ferner KommRGR. § 941 A. 4; außerdem Naendrup, Verjährung a. a. O. S. 284 ff.

[64]) Vgl. oben S. 50 A. 58.

[65]) Vgl. KommRGR. § 941 Erl. 4.

[66]) Vgl. Mot. 3, 355; Prot. 3, 234.

[67]) Indem der Eigentumskläger nur in Ansehung der Möglichkeit seines Eigentumes den Eigenbesitzer zur Vorsicht mahnt, unterbricht er die Ersitzung freilich auch zugunsten seines Rechtsnachfolgers. Denn sein Eigentum geht auf den Rechtsnachfolger über.

Dagegen hat der Eigentumskläger mit der Klageerhebung noch nicht sein Eigentum geltend gemacht, wenn er sich damals nur fälschlich für den Eigentümer hielt und erst nachher das Eigen-

Die so oder so eintretende Beendigung der Unterbrechung hat ihren Grund darin, daß die mit der Klageerhebung auf seiten des Eigenbesitzers eingetretene Aufhebung der Schutzwürdigkeit des Vertrauens beendigt wird. Weshalb aber dies? Weil die Fortdauer solcher Aufhebung voraussetzt, daß der Eigentumskläger die durch die Klage aufgestellte Behauptung seines Eigentumes auch bis zu ihrem letzten Ziele, der Herausgabe der Sache, weiter verfolgt. An solcher Verfolgung läßt er es fehlen, wenn er den Prozeß zum Stillstande kommen läßt oder im Falle der Erledigung des Prozesses zu seinen Gunsten nicht alsbald die Zwangsvollstreckung auf Herausgabe der Sache betreibt. Darum muß insoweit die durch die Klageerhebung (oder nach § 941 S. 2 und § 209 Nr. 1 a u. 5, § 210 gleichgestellte Akte[68]) auf seiten des Eigenbesitzers geschehene Aufhebung der Schutzwürdigkeit des Vertrauens wieder aufhören. Im Falle der Erledigung des Prozesses zuungunsten des Eigentumsprätendenten muß aber das Vertrauen des Eigenbesitzers auf den Rechtsanschein vollends wieder schutzwürdig werden.

Indem nun das Vertrauen des Eigenbesitzers auf den Rechtsanschein seines Eigentumes die Schutzwürdigkeit wiedererlangt und demgemäß die Unterbrechung der Ersitzung endigt, kann eine neue Ersitzung beginnen. Diese wird aber in gleicher Weise wie durch Klageerhebung wiederum unterbrochen, wenn eine der Parteien den in Stillstand geratenen Prozeß weiter betreibt (§ 941 S. 2; § 211 II). Ist der Kläger, also der Vindikant, die betreibende Partei, so erklärt sich die Unterbrechung der neuen Ersitzung ohne weiteres daraus, daß der Kläger seine schon mit der Klage erhobene, inzwischen aber zum Schweigen gekommene Behauptung seines Eigentumes wieder laut werden läßt und hierdurch von neuem dem Vertrauen des Eigenbesitzers auf den Rechtsanschein seines Eigentumes die Schutzwürdigkeit entzieht. Merkwürdig ist nur, daß die neue Ersitzung auch dann unterbrochen wird, wenn der mit der vindicatio beklagte Eigenbesitzer den in Stillstand geratenen Prozeß weiter betreibt. Aber dies hat seinen Grund darin, daß er hierdurch der zum Schweigen gekommenen Eigentumsbehauptung des Vindikanten wieder zu akuter Bedeutung verhilft und daher auch die Folge tragen muß, daß sein Vertrauen auf den Rechtsanschein die Schutzwürdigkeit verliert.

Wenn der Vindikant dadurch, daß er den Prozeß gegen den Eigenbesitzer weiter betreibt, letzterem die Schutzwürdigkeit des Vertrauens nimmt und

---

tum erworben hat. Darum kann er in solchem Falle die Ersitzung noch nicht mit der Geltendmachung des Eigentumsanspruches unterbrochen haben (vgl. KommRGR. § 941 A. 2; A. M. Wolff, Sachenrecht § 71 III 2), sondern erst in dem Augenblicke, in dem er seinen nachträglichen Eigentumserwerb zur Klagebegründung wirksam verwendet. Demgemäß ist zu unterscheiden, „ob die nachträgliche Geltendmachung des neuen Erwerbsgrundes im Rechtsstreite als unzulässige Klageänderung zurückgewiesen wird (§ 264 ZPO.)“ oder nicht. Im letzteren Falle tritt die Unterbrechung der Ersitzung mit der Klagänderung ein, im anderen Falle aber erst mit der Klagerhebung aus dem neuen Klagegrund (so richtig KommRGR. § 941 A. 6).

Andererseits hat der Eigentumskläger, der erst nach der Klagerhebung das Eigentum erwirbt, durch die Klage die Ersitzung nicht zugunsten des derzeitigen wahren Eigentümers unterbrochen, der seinerseits die Klage versäumte (vgl. Wolff a. a. O.)

Wenn der Miteigentümer gemäß § 1011 gegenüber dem Eigenbesitzer einen Eigentumsanspruch in Ansehung der ganzen Sache geltend macht, insbesondere gemäß § 1011 in Verb. mit § 432 auf Herausgabe der Sache an alle Miteigentümer oder dgl. klagt, so handelt er als gesetzlicher Vertreter von ihnen allen (vgl. KommRGR. § 941 A. 5 u. § 1011 A. 1), legt darum dem Eigenbesitzer die Möglichkeit des Eigentumes aller Miteigentümer nahe und entzieht ihm insoweit die Schutzwürdigkeit seines Vertrauens auf den Rechtsanschein seines Eigentumes. Deshalb unterbricht er dadurch die Ersitzung auch zugunsten der anderen Miteigentümer. (Richtig daher KommRGR. § 941 A. 1; Biermann § 941 Erl. 1 d. A.M., außer bei Hinterlegung der Sache für alle Miteigentümer, Goldmann-Lilienthal 2, § 19 A. 49; Kober § 941 Erl. 1 b.)

[68]) Vgl. oben S. 51 A. 61.

damit eine Unterbrechung der neuen Ersitzung herbeiführt, so ist es nur folgerichtig, daß auch eine in seinem Auftrage gegen den Eigenbesitzer vorgenommene Vollstreckungshandlung, insbesondere die Wegnahme der Sache durch den Gerichtsvollzieher, ebenso wie die Klageerhebung dem Eigenbesitzer die Schutzwürdigkeit des Vertrauens auf den Rechtsanschein entzieht und deshalb die Ersitzung unterbricht[69]).

Andererseits ist es begreiflich, wenn durch Zurücknahme der Eigentumsklage oder durch Prozeßabweisung die durch die Klageerhebung geschehene Entziehung der Schutzwürdigkeit des Vertrauens und damit die Unterbrechung der Ersitzung wieder rückgängig gemacht wird (§ 212 I). Entsprechend muß auch der Verlust der Schutzwürdigkeit des Vertrauens, der für den Eigenbesitzer durch die vom Vindikanten veranlaßte Vollstreckungshandlung eingetreten ist und eine Unterbrechung der Ersitzung mit sich brachte, durch eine auf Antrag des Vindikanten oder wegen Mangels der gesetzlichen Voraussetzungen erfolgende Aufhebung der Vollstreckungsmaßregel wieder rückgängig gemacht werden, was ebenfalls in einer Wiederauflösung der Unterbrechung zum Ausdrucke kommt (§ 941 S. 2 und § 216 I).

Freilich kann die durch Klagezurücknahme und die durch Prozeßabweisung geschehene Rückgängigmachung des Verlustes dieser Schutzwürdigkeit des Vertrauens und damit die hierauf beruhende Rückgängigmachung der Unterbrechung selbst wieder rückgängig gemacht werden, indem der Eigentumskläger binnen 6 Monaten nach der Zurücknahme der Klage oder nach der Rechtskraft des prozeßabweisenden Urteils von neuem Klage erhebt und hiermit der schon mit seiner ersten Klage aufgestellten Behauptung seines Eigentumes neue Kraft verleiht. Die Folge ist, daß auf seiten des Eigenbesitzers die Schutzwürdigkeit des Vertrauens nun doch als seit Erhebung der ersten Klage verloren und demgemäß die Ersitzung als von da an unterbrochen gilt.

Die Frist von 6 Monaten, binnen welcher der Eigentumskläger durch neue Klage die mit seiner ersten Klage herbeigeführte, dann aber durch Klagezurücknahme oder durch Prozeßabweisung rückgängig gemachte Unterbrechung der Ersitzung wiederherstellen kann, wird behandelt wie der 6 Monate umfassende Ablauf der Verjährung, d. h. sie unterliegt der Ablaufhemmung des § 203 und der Ablaufunterbrechung der §§ 206 und 207[70]). Der Lauf der Sechsmonatsfrist für die neue Klage ist also entsprechend § 203 gehemmt, wenn und solange der frühere Eigentumskläger innerhalb der Frist durch höhere Gewalt, insbesondere durch Stillstand der Rechtspflege an der Erhebung der neuen Klage verhindert ist. Der Lauf der Frist wird aber entsprechend § 206 unterbrochen, solange der Eigentumskläger geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt und ohne gesetzlichen Vertreter ist und darum weder selbst noch durch einen gesetzlichen Vertreter die neue Klage erheben kann. Ebenso wird die Frist entsprechend § 207 unterbrochen, wenn der frühere Eigentumskläger oder der früher beklagte Eigenbesitzer während der Frist stirbt und demgemäß der Eigentumsanspruch entweder zu einem Nachlasse gehört oder sich gegen einen Nachlaß richtet. Diese Unterbrechung der Frist dauert bis zur Annahme der Erbschaft durch den Erben oder bis zur Eröffnung des Nachlaßkonkurses, mit welcher der Nachlaß in dem Konkursverwalter

---

[69]) § 941 S. 2 u. § 209 Nr. 5. Da es sich bei der Ersitzung nur um bewegliche Sachen handelt, kommt der weitere Inhalt von § 209 Nr. 5 hier nicht in Betracht.

Die Wegnahme der Sache durch den Gerichtsvollzieher entzieht dem Ersitzenden übrigens auch den Eigenbesitz, ist also schon Unterbrechungsgrund nach § 940 I, dem jedoch nach § 940 II vorgebeugt werden kann.

[70]) Vgl. § 941 S. 2 in Verb. mit § 212 II S. 2.

einen Vertreter erhält, oder bis zur Bestellung eines sonstigen Nachlaßvertreters (Nachlaßverwalters, Nachlaßpflegers, Testamentsvollstreckers, Abwesenheitspflegers für den abwesenden Erben). Solche Unterbrechung hat ihren Grund darin, daß gegebenenfalls bis zu ihrem genannten Endzeitpunkte, mag es sich nun um den Tod und folglich den Nachlaß des früheren Eigentumsklägers oder des früher beklagten Eigenbesitzers handeln, eine tatsächlich rechtliche „Beengung" in der Erhebung der neuen Eigentumsklage vorliegt.

Insoweit die Sechsmonatsfrist für die neue Klage der Ablaufhemmung des § 203 unterliegt, kann sie den vor Eintritt des Hindernisses zurückgelegten Teil ihres Laufes nach Fortfall des Hindernisses fortsetzen. Insoweit aber die Ablaufunterbrechung der §§ 206 und 207 auf sie Anwendung findet, muß sie nach Beseitigung des Hindernisses von neuem beginnen. Wir haben es hier gewissermaßen zu tun mit einer Unterbrechung des Ablaufes der Unterbrechung, also mit einer Ablaufunterbrechung der Unterbrechung.

§ 6

Verlust des Vertrauens an sich

Die Unterbrechung der Ersitzung findet aber nicht bloß statt, wenn der Eigenbesitzer die Schutzwürdigkeit seines Vertrauens auf den Rechtsanschein verliert, sondern auch dann, wenn er das Vertrauen an sich verliert. Dieser Fall ist zwar im Gesetze nicht besonders vorgesehen, aber er folgt ohne weiteres aus dem Wesen der Ersitzung. Es erfordert die drei Elemente: Rechtsanschein, Vertrauen auf den Rechtsanschein und Schutzwürdigkeit des Vertrauens. Wenn, wie wir gesehen haben, Verlust des Rechtsanscheines und Verlust der Schutzwürdigkeit des Vertrauens eine Unterbrechung der Ersitzung hervorrufen, so muß auch der Verlust des Vertrauens an sich dieselbe Folge haben. Demgemäß wird die Ersitzung unterbrochen, wenn der Eigenbesitzer nach begonnener Ersitzung erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht[71]).

Man könnte glauben, daß es verfehlt sei, solchenfalls von Unterbrechung der Ersitzung zu sprechen, da, wenn der Eigenbesitzer das Fehlen seines Eigentumes erfahren habe, gemäß § 937 II für ihn niemals wieder die Ersitzung beginnen könne[72]). Dieser Einwand wäre nicht begründet. Es ist sehr wohl denkbar, daß der Eigenbesitzer, der erfahren hat, daß ihm das Eigentum nicht zusteht, später den guten Glauben an sein Eigentum, d. h. das schutzwürdige Vertrauen auf den Rechtsanschein seines Eigentumes wiedererlangt. Prinzipgemäß muß er dann auch eine neue Ersitzung beginnen können[73]). Ein Beispiel mag die Möglichkeit der Wiedergewinnung des guten Glaubens veranschaulichen:

Jemand stiehlt aus einer Kunstsammlung ein kostbares Gemälde. Er läßt es von einem ihm bekannten armen, aber tüchtigen Maler kopieren. Die Kopie fällt so gut aus, daß sie vom Original schwer zu unterscheiden ist. Der Dieb be-

---

[71]) So auch Wolff, Sachenrecht § 71 III 1.

[72]) Im Sinne solcher Meinung war in Entw. I § 886 Halbs. 2 vorgesehen, daß „der Beginn einer neuen Ersitzung von seiten desjenigen, welcher die Erkenntnis erlangt hat, ausgeschlossen" sei. Die II. Komm. hat diese Bestimmung mit Recht deshalb gestrichen, weil es „nicht unzweifelhaft" sei, ob sie „in der Fassung des Entw. für alle Fälle richtig sei". Prot. 3, 234). Sie wäre m. E. sogar sicher unrichtig gewesen. Dahingegen wird sie trotz der Streichung von Biermann § 937 Erl. 2 und Brodmann § 937 Erl. 2b β für geltenden Rechtes gehalten. Letzterer macht jedoch für den Fall eine Ausnahme, daß der Besitzer „den Eigenbesitz etwa nach Rückgabe der Sache an den vermeintlichen oder wirklichen Eigentümer von neuem gutgläubig erwerbe". Warum nicht für den Besitzer, wenn er ohne Neuerwerb des Besitzes die Gutgläubigkeit wiedererlangt, der Beginn einer neuen Ersitzung in derselben Weise möglich sein soll, ist nicht einzusehen.

[73]) A. M. Biermann § 941 Erl. 2.

hält sie für sich; das Original veräußert er zu hohem Preise an einen Kunstliebhaber, der beim Erwerb in gutem Glauben ist. Erst nach Jahresfrist erfährt dieser den Diebstahl. Teils, weil er das Bild besonders liebgewonnen hat, teils, weil er wegen Ankaufes des gestohlenen Gemäldes Unannehmlichkeiten befürchtet, gibt er es nicht heraus. Erst nach zwei Jahren trifft er im Auslande wieder mit dem dahin verzogenen Diebe zusammen und macht ihm nun Vorwürfe, daß er ihm ein gestohlenes Bild verkauft habe. Der Dieb, der, um selbst nicht weiter behelligt zu werden, ein Interesse daran hat, ihn zu beruhigen, erklärt ihm, das gestohlene Original noch in seinem Besitze zu haben, während das veräußerte Gemälde die in seinem Auftrage angefertigte Kopie sei. Von der Wahrheit dieser Erklärung überzeugt der Dieb den Käufer dadurch, daß er in seiner Wohnung die von ihm zurückbehaltene und jetzt als das Original ausgegebene Kopie vorzeigt, auch dem Käufer, weil er ihm nur eine Kopie verkauft habe, einen Teil des Kaufpreises erstattet.

In diesem Falle hatte für den Kunstliebhaber mit dem Erwerbe des Originals, da er damals in gutem Glauben war, also schutzwürdig auf den Rechtsanschein seines Eigentumes vertraute, eine Ersitzung begonnen. Ein Jahr der Ersitzungszeit war bereits abgelaufen. Da verlor er, indem er den Diebstahl erfuhr, sein Vertrauen auf den Rechtsanschein. Damit wurde seine Ersitzung unterbrochen. Die Unterbrechung dauerte zwei Jahre und wurde dadurch beendet, daß der Dieb sein Vertrauen auf den Rechtsanschein des Eigentumes wiederherstellte. Es fragt sich nur, ob das neue Vertrauen schutzwürdig, d. h. nicht grobfahrlässig war. Man könnte dies vielleicht verneinen in der Meinung, daß der Käufer des Bildes Anlaß gehabt hätte, dem Dieb als solchen ohne weiteres zu mißtrauen und seinen nunmehrigen Erklärungen keinen Glauben zu schenken. Doch scheinen mir die Umstände des Falles so zu liegen, daß sie den Käufer doch berechtigten, sich durch die Versicherungen des Diebes überzeugen zu lassen. Da er so nicht bloß das Vertrauen auf den Rechtsanschein seines Eigentumes, sondern auch die Schutzwürdigkeit des Vertrauens wiedererlangte, konnte für ihn eine neue Ersitzung beginnen.

Wir haben demnach einen Fall vor uns, in dem die Unterbrechung der Ersitzung nicht lediglich wegen Verlustes der Schutzwürdigkeit des Vertrauens, vielmehr wegen Verlustes des Vertrauens an sich eingetreten ist.

§ 7
Zusammenfassung

Der Grund einer Unterbrechung beruht demnach darin, daß der Eigenbesitzer entweder den Rechtsanschein seines Eigentumes oder die Schutzwürdigkeit des Vertrauens auf den Rechtsanschein[74]) oder das Vertrauen an sich verliert. Dahingegen bleibt im Falle einer Hemmung der Ersitzung alles dieses auf seiten des Eigenbesitzers bestehen. Der Grund der Hemmung liegt

[74]) Die Unterbrechung der Ersitzung durch Verlust der Schutzwürdigkeit des Vertrauens auf den Rechtsanschein beruht lediglich auf der Entziehung dieser Schutzwürdigkeit durch die gerichtliche Geltendmachung des Eigentumsanspruches. Auch die Unterbrechung der Verjährung des Eigentumsanspruches durch dessen gerichtliche Geltendmachung (§§ 209 ff.) hat ihren Grund in der durch diese herbeigeführten Entziehung der Schutzwürdigkeit des Vertrauens auf den Rechtsanschein. (Vgl. Naendrup, Verjährung a. a. O. S. 287 ff.) Die Geltendmachung des Eigentumsanspruches gegen einen Eigenbesitzer entzieht ihm in beiden Fällen die Schutzwürdigkeit des Vertrauens auf denselben Rechtsanschein (Eigenbesitz). Insoweit unterbricht daher die Erhebung des Eigentumsanspruches nicht bloß in der Regel, sondern stets gleichzeitig Ersitzung und Verjährung (A. M. KommRGR. § 941 Erl. 1). Insoweit laufen auch die durch Geltendmachung des Eigentumsanspruches erfolgende Ersitzungsunterbrechung und die entsprechende Verjährungsunterbrechung nicht bloß nebeneinanderher (so KommRGR. § 941 Erl. 1), sondern decken sich miteinander.

nur darin, daß der Eigentümer gegen seinen Willen den Rechtsanschein und das schutzwürdige Vertrauen auf den Rechtsanschein beim Eigenbesitzer bestehen lassen muß, entweder rechtlich oder tatsächlich-rechtlich oder sittlich gehindert ist, Rechtsanschein und schutzwürdiges Vertrauen auf seiten des Eigenbesitzers fortzuräumen.

So ist der Rechtsanschein und das schutzwürdige Vertrauen auf den Rechtsanschein auf seiten des Eigenbesitzers während der Zeit der Hemmung die Verbindung zwischen dem vorher und nachher beim Eigenbesitzer vorhandenen Rechtsanschein nebst schutzwürdigem Vertrauen und darum auch die Brücke zwischen der vorher und nachher laufenden Ersitzungszeit, woraus sich mit Recht folgern ließ, daß die vorher abgelaufene Ersitzungszeit nachher weiterläuft [939][75]).

Ganz anders bei der Unterbrechung. Während derselben fehlt es auf seiten des Eigenbesitzers an einem der drei Ersitzungselemente: Rechtsanschein, Vertrauen auf den Rechtsanschein oder Schutzwürdigkeit des Vertrauens, damit an einer Verbindung zwischen dem vorher und nachher beim Eigenbesitzer vorhandenen Rechtsanschein nebst schutzwürdigem Vertrauen und deshalb auch an einer tragfähigen Brücke zwischen der vorher und nachher laufenden Ersitzungszeit, was zur Folge hat, daß nach der Unterbrechung die vorher verstrichene Zeit nicht in Betracht kommt und nur eine neue Ersitzung beginnen kann [§ 942][76]).

§ 8
Ersitzung und Verschweigung

Rechtsgeschichtlich gehen Ersitzung und ebenso Unterbrechung und Hemmung der Ersitzung in gleicher Weise wie Verjährung nebst Unterbrechung und Hemmung der Verjährung[77]) und wie die Buchersitzung [Tabularersitzung][78]) und Kontratabularersitzung[79]) auf das deutschrechtliche Institut der Verschweigung zurück[80]). Die Ersitzung beruht ja darauf, daß der Eigentümer sich durch Nichterhebung der Klage auf Herausgabe an seinem Rechte verschweigt und eben hierdurch für den Eigenbesitzer den Rechtsanschein des Eigentumes und das schutzwürdige Vertrauen auf den Rechtsanschein bestehen läßt. Die Unterbrechung der Ersitzung hat vorzugsweise ihren Grund darin, daß der Eigentümer sein Schweigen bricht, nämlich durch Klage oder einen gleichstehenden Akt die förmliche Behauptung seines Eigentumes erhebt und so dem Eigenbesitzer die Schutzwürdigkeit des Vertrauens auf den Rechtsanschein, wenn nicht schließlich gar durch Erzielung der Herausgabe auch den Rechtsanschein nimmt. Die Hemmung der Ersitzung aber erklärt sich im Sinne des deutschen Rechtes daraus, daß der Eigentümer nur durch „echte Not" daran verhindert ist, sein Schweigen mittels Klage zu brechen und darum einen ihm zustatten kommenden Entschuldigungsgrund hat, wenn er durch sein Schweigen auf seiten des Eigenbesitzers den Rechtsanschein und das schutzwürdige Vertrauen auf den Rechtsanschein bestehen läßt[81]).

---

[75]) Vgl. Naendrup, Verjährung a. a. O. S. 289ff.
[76]) Ebenda S. 290f.
[77]) Ebenda S. 272ff., 278ff., 284, 287ff., 300.
[78]) § 900 BGB. S. dazu Naendrup, Verjährung a. a. O. S. 307.
[79]) § 927 BGB. Dazu Naendrup, Verjährung S. 314.
[80]) Vgl. Naendrup, Verjährung S. 237, 272f.
[81]) Der Gedanke, daß die Verschweigung wirkungslos ist, wenn sie durch echte Not entschuldigt ist, liegt z. B. zugrunde bei der Aufeinanderfolge von Sachsensp. 2 Art. 6, § 4 und Art. 7.

§ 9
Accessio possessionis

Hemmung und Unterbrechung entspringen beide aus dem Erfordernis der Extensität des mit Willen des Eigentümers beim Eigenbesitzer vorhandenen Rechtsanscheines und schutzwürdigen Vertrauens auf den Rechtsanschein. Dieses Erfordernis ist aber vor einer Übertreibung bewahrt geblieben, indem das Gesetz nicht verlangt, daß jene doppelte Extensität immer ganz in der Person eines und desselben Eigenbesitzers erfüllt ist. Das Gesetz gestattet vielmehr unter Umständen, daß Teile der Extensität des Rechtsanscheines und schutzwürdigen Vertrauens zur vollen Doppelextensität zusammengerechnet werden, wenn sie nacheinander auch nur in mehreren Personen verwirklicht sind. Hierher gehören die §§ 943 und 944.

Im Falle des § 943 stehen die mehreren Personen im Verhältnisse von Rechtsvorgänger und Rechtsnachfolger[82]). Es kann sich dabei auch um entferntere Rechtsvorgänger- oder Rechtsnachfolgerschaft handeln. Die aufeinanderfolgenden mehreren Personen können mehr als zwei sein.

Nun fragt sich, ob die Extensität des Eigenbesitzes und des schutzwürdigen Vertrauens durch die Personenreihe lediglich geradeso hindurchzulaufen braucht, wie sie sich sonst in einer einzigen Person erfüllen kann, oder ob nicht vielmehr jede in die Reihe neu eintretende Person in Ansehung des schutzwürdigen Vertrauens so zu behandeln ist, als ob sie die Ersitzung begänne. Letzterenfalls kommt der neu eintretenden ebenso wie der am Anfang der Reihe stehenden Person für den Zeitpunkt des Besitzerwerbes nur die ungünstigere doppelt widerlegliche Vermutung des schutzwürdigen Vertrauens zustatten und erst für die Fortdauer des Besitzes die günstigere bloß einfach widerlegliche. Die Frage dreht sich also darum: Soll die größere Gunst der bloß einfach widerleglichen Vermutung des schutzwürdigen Vertrauens, die der am Anfange der Reihe stehenden Person erst für die Zeit der Fortdauer des Besitzes zuteil wird, der neueintretenden Person schon für den Zeitpunkt ihres Besitzerwerbes, d. h. ihres Eintrittes zugute kommen oder auch erst für die Zeit der Fortdauer ihres Besitzes? Dies ist im Grunde die aus dem Gesichtspunkte der Rechtscheinstheorie gesehene Frage, ob bei der Ersitzung das Bürgerliche Gesetzbuch im Sinne des gemeinen Rechtes eine successio in usucapionem oder nur eine accessio temporis kennt, ob also der Rechtsnachfolger lediglich die Ersitzung des Rechtsvorgängers fortsetzt oder ob er eine neue Ersitzung beginnt, deren Dauer aber durch Anrechnung der während des Besitzes des Rechtsvorgängers verstrichenen Ersitzungszeit abgekürzt wird. (In einem weiteren Sinne kann freilich beides als Ersitzungsfortsetzung bezeichnet werden.) Nach dem Wortlaute des § 943:

> „Gelangt die Sache durch Rechtsnachfolge in den Besitz eines Dritten, so kommt die während des Besitzes des Rechtsvorgängers verstrichene Ersitzungszeit dem Dritten zustatten."

kann kein Zweifel sein und wird auch allgemein angenommen, daß hier die Frage im Sinne einer bloßen accessio temporis entschieden ist[83]).

Manche beziehen den § 943 jedoch ausschließlich auf die Sondernachfolge und wollen im Falle der Gesamtnachfolge, namentlich der Erbenfolge, das für

---

[82]) Vgl. auch KommRGR. § 943 A. 1: „Hat der Eigenbesitzer durch Eigenmacht oder sonst außerhalb des Falles der Rechtsnachfolge den Besitz erlangt, so wird ihm die Ersitzungszeit dessen, der vor ihm besaß, nicht angerechnet."

[83]) Den maßgebenden Gesichtspunkt trifft Kipp(-Windscheid) 1, 939 mit den Worten: „Die beiden Personen werden keineswegs für eine gerechnet."

diese vom gemeinen Rechte anerkannte Institut der successio in usucapionem fortbestehen lassen[84]). Hierfür wird geltend gemacht: die accessio temporis des § 943 könne auf die Gesamtnachfolge nicht Anwendung finden, weil nach § 857 der Besitz ohne Zutun, ohne Willen, ja vielfach ohne Wissen des Erben auf ihn übergehe und weil deshalb nicht von einer Willensschuld[85]), insbesondere nicht von Fahrlässigkeit des Erben beim Besitzerwerbe gesprochen werden könne und weil alle Versuche, eine solche durch konkrete Tatsachen zu substantiieren, scheitern müßten[86]). Dabei ist aber nicht berücksichtigt, daß es sich nicht um eine eigentliche Willensschuld, sondern um Nichtvertrauen oder Nichtschutzwürdigkeit des Vertrauens auf den Besitz als Rechtsanschein handelt[87]). Das ist[88]) etwas anderes und davon kann auch mit Bezug auf den Erben die Rede sein, obschon sich sein Besitzerwerb ohne sein Zutun und seinen Willen vollzieht. Es ist dann sehr wohl möglich, daß er in diesem Augenblick auf den Rechtsanschein seines Eigentumes nicht oder nicht schutzwürdig vertraut, indem er z. B. weiß oder wissen kann, daß die vom Erblasser gutgläubig besessene Sache gestohlen war und daher dem Erblasser nicht gehörte. Erfolgt aber der Besitzerwerb des Erben nach § 867 ohne sein Wissen, so hat man es mit einem Nichtvertrauen des Erben auf den Rechtsanschein zu tun, so daß sich damit ohne weiteres die Frage der Nichtschutzwürdigkeit des Vertrauens erübrigt[89]).

Jedenfalls ergibt sich hieraus, daß beim Besitzerwerb des Erben wie bei jedem anderen Besitzerwerb Nichtvertrauen oder Nichtschutzwürdigkeit des Vertrauens auf den Rechtsanschein möglich ist. Es besteht darum gar kein Grund, bei der Gesamtnachfolge die accessio temporis des § 943 als unanwendbar zu betrachten und insoweit noch die successio in usucapionem beizubehalten. Nach § 857 findet eine successio des Erben nur in den Besitz statt. Damit wird bloß der objektive Rechtsanschein[90]) für den Erben begründet. Eine successio des Erben in das weiter zur Ersitzung erforderliche schutzwürdige Vertrauen auf den Rechtsanschein läßt sich weder aus § 857 noch aus § 943 herleiten. Nach § 943 muß der Erbe solches Vertrauen vielmehr ebenso aus sich selbst haben wie der Sondernachfolger. Der § 943 unterscheidet nicht zwischen Sonder- und Gesamtnachfolge[91]). Natürlich kommen dem Gesamtnachfolger die Vermutungen des schutzwürdigen Vertrauens in demselben Maße zustatten wie dem Sondernachfolger, also für den Zeitpunkt des Besitzerwerbes nur die zweifach widerlegliche, für die Zeit der Fortdauer des Eigenbesitzes aber die bloß einfach widerlegliche Vermutung[92]).

---

[84]) So Dernburg, BR, Sachenrecht, § 106 II 3b; Strohal, Erbrecht § 63 II 77; Binder, Rechtsstellung des Erben I 40ff., Brodmann § 943 Erl. 2.

[85]) Binder a. a. O. 1, 42.

[86]) Brodmann § 943 Erl. 2.

[87]) Daß hier die Nichtschutzwürdigkeit des Vertrauens eine andere Art der Fahrlässigkeit ist, als diejenige des § 276, hat auch Binder a. a. O. S. 41 A. 16 richtig erkannt.

[88]) Trotz Hineinspielens des Prinzipes: quisquis praesumitur bonus. Vgl. oben S. 39.

[89]) Damit wird es gegenstandslos, wenn Brodmann § 943 Erl. 2 sagt: „Man kann dem Erben, der von dem Erbanfall vielleicht gar nichts weiß, unmöglich einen Vorwurf daraus machen, daß er sich in diesem Momente nicht darum gekümmert hat, welche Sachen vorhanden sind und wem sie gehören."

[90]) Mit Recht macht M. Wolff, Sachenrecht S. 211 (1926) geltend, daß der Besitzübergang auf den Erben nach § 857 von sonstiger Besitznachfolge nicht wesensverschieden ist.

[91]) Vgl. auch Kipp(-Windscheid) 1, 939; Kober zu § 943; Biermann § 943 Erl. 1, Wolff a. a. O.

[92]) Wie steht es aber, wenn der Eigenbesitz auf Grund eines auflösend bedingten Veräußerungsgeschäftes dem Erwerber überlassen und nach dem Eintritte der Bedingung dem Veräußerer zurückübertragen wird oder wenn ein „bis zu einem Endtermin übertragen gewesener Besitz an den früheren Besitzer zurückgelangt" (Biermann)? Einigkeit herrscht darüber, daß in solchen Fällen § 943

Die minder günstige zweifach widerlegliche Vermutung hat man im Auge, wenn man (nicht ganz genau) sagt, daß auch der Erbe beim Besitzerwerbe „gutgläubig“ im strengen Sinne sein müsse[93]). Zu solcher Gutgläubigkeit kann es aber m. E., wie bereits erwähnt, nicht[94]) genügen, wenn der Erbe von dem Erbgange und folgeweise von dem Erwerbe des Eigenbesitzes keine Kenntnis erlangt hat und demgemäß „in gar keinem Glauben in Betreff der Sache“ (Kipp) ist. Dann mangelt ihm vielmehr das Vertrauen auf den Rechtsanschein. Durch den Nachweis des Fehlens der Kenntnis vom Erbgange kann also die Vermutung, daß der Erbe beim Besitzerwerbe auf den Rechtsanschein schutzwürdig vertraut habe, widerlegt werden.

Solange der Erbe mangels jener Kenntnis auf den Rechtsanschein seines Eigentumes nicht vertraut, müßte eigentlich gegen ihn eine Unterbrechung Platz greifen. Die accessio temporis des § 943 kann ihm nicht zustatten kommen. Denn wie nach § 943 dem Rechtsnachfolger nicht schlechthin die Besitzzeit des Rechtsvorgängers, „sondern nur diejenige Zeit des Besitzes, welche auch für den Vorgänger als Ersitzungszeit in Betracht kam“ (KommRGR.), mithin nur die zugunsten eines gutgläubigen Rechtsvorgängers als Eigenbesitzers[95]) gelaufene und nicht von einer Unterbrechung betroffene[96]) zugute zu bringen ist,

---

anwendbar ist (vgl. Erl. zu § 943 KommRGR.; Biermann 2; Brodmann 1, Kober, Erl. e, wo weitere Literatur). Indes ist man bisher über die Frage hinweggegangen, ob für den Zeitpunkt der Wiederüberlassung des Eigenbesitzes an den Veräußerer dessen schutzwürdiges Vertrauen auf den Rechtsanschein zweifach-wiederleglich oder einfach-widerleglich zu vermuten ist, ob also für diesen Augenblick dem Veräußerer und nunmehrigen Wiedererlanger des Eigenbesitzes die ungünstigere oder die günstigere Vermutung des guten Glaubens zustatten kommt. Berücksichtigt man, daß der Veräußerer zunächst wie ein Rechtsvorgänger des Erwerbers und dann wie dessen Rechtsnachfolger zu behandeln ist, so muß man zufolge des den § 943 beherrschenden Prinzips der accessio temporis sich dafür erklären, daß den Veräußerer für den Zeitpunkt der Wiedererlangung ebenso wie für denjenigen des ursprünglichen Erwerbes des Eigenbesitzes nur die ungünstigere Vermutung zugute zu bringen ist. Dies scheint auch deswegen nicht ungerecht zu sein, weil ja der den Eigenbesitz wiedererlangende Veräußerer ohnehin die Möglichkeit einer Eigentumsänderung während der Besitzzeit des Erwerbers nicht für ganz ausgeschlossen halten kann (vgl. § 161 III).

[93]) M. Wolff, Sachenrecht, S. 211 (1926).

[94]) Wie Kipp-(Windscheid), 1 939f. u. M. Wolff a. a. O. S. 211 meinen. Ebenso Brodmann § 943 Erl. 2, obschon hier ungenau auch für diesen Punkt M. Wolff als Gegner zitiert ist.

[95]) War der Erblasser, etwa als Entleiher oder Verwahrer Fremdbesitzer, so fehlte ihm der Rechtsanschein seines Eigentumes, und war er bösgläubig, so mangelte ihm das schutzwürdige Vertrauen auf den Rechtsanschein. In beiden Fällen war also die Besitzzeit des Erblassers für ihn keine Ersitzungszeit, kann deshalb auch nicht als solche dem Erben gemäß § 943 zustatten kommen. Indes kann der Erbe eine eigene Ersitzung beginnen (vgl. Kober § 943 Erl. b u. b α; Biermann § 943 Erl. 1; Goldmann-Lilienthal 2, § 19 A. 54).

Für den ersten Fall leugnet dies Dernburg BR. 3, § 106 II 3, weil der Fremdbesitz nach § 857 auf den Erben übergehe. Letzteres ist zuzugeben. Aber der Fremdbesitz wandelt sich für den Erben in Eigenbesitz als Rechtsanschein seines Eigentumes, wenn der Erbe das tatsächliche Vorhandensein der Sache im Nachlaß erfährt und nun auch die rechtliche Zugehörigkeit der Sache zur Erbschaft annimmt. Von diesem Augenblicke ab kann er, wenn die Annahme nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht, ersitzen. Persönliche Wahrnehmung der Sache im Nachlasse oder gar ihre tatsächliche Besitzergreifung (solche verlangen Brodmann § 943 Erl. 2; Kober § 943 Erl. c, wo weitere Literatur) ist daher für den Übergang des ererbten Fremdbesitzes in Eigenbesitz und demgemäß für den Ersitzungsbeginn des Erben nicht einmal erforderlich.

Hatte der Erblasser bösgläubigen Eigenbesitz, so geht der Eigenbesitz an sich nach § 857 auf den Erben über. Ob damit der Erbe auch in Person zu ersitzen beginnt, richtet sich danach, ob er auf den mit dem ererbten Eigenbesitz für ihn gegebenen Rechtsanschein seines Eigentumes schutzwürdig vertraut. Dies kann er nicht, ohne Kenntnis von seiner Erbfolge zu haben. Solche Kenntnis kann aber auch wegen des Prinzips der Gesamtnachfolge genügen, indem sie das allgemeine schutzwürdige Vertrauen ermöglicht, daß alle im Nachlasse befindlichen Sachen zur Erbschaft gehören. In diesem Falle ist daher für den Ersitzungsbeginn des Erben ein Erfahren des Vorhandenseins der Sache nicht einmal erforderlich, geschweige denn deren persönliche Wahrnehmung oder gar deren Besitzergreifung.

[96]) Vgl. KommRGR. § 943 Erl. 3.

so darf diese Ersitzungszeit nach der Absicht des § 943 auch nur einem solchen Rechtsnachfolger angerechnet werden, der auf den Rechtsanschein seines Eigentumes schutzwürdig vertraut[97]) und gegen den nicht eine Unterbrechung läuft[98]) [99]).

Wenn daher dem Erben, der mangels Kenntnis vom Erbgang auf den Rechtsanschein seines Eigentumes nicht vertraut hat, nach § 943 nicht zu helfen ist, so kann ihm doch § 944 dienlich sein:

> „Die Ersitzungszeit, die zugunsten eines Erbschaftsbesitzers verstrichen ist, kommt dem Erben zustatten."

In die Hände eines Erbschaftsbesitzers als Scheinerben gelangt die Erbschaft oder etwas aus der Erbschaft (§ 2018) namentlich dann, wenn der wahre Erbe unbekannt ist und infolgedessen meist auch seine Erbfolge nicht kennt. Nach § 944 soll nun die zugunsten des Scheinerben verstrichene Ersitzungszeit dem wahren Erben zustatten kommen[100]). Dies bedeutet, daß der Scheinerbe im Interesse des wahren Erben in Ansehung der Extensität des Eigenbesitzes (Rechtsanscheines) und des schutzwürdigen Vertrauens so behandelt werden soll, wie wenn er schon wahrer Erbe gewesen wäre. Zunächst findet demgemäß auf ihn im Interesse des wahren Erben eine Analogie des § 857 und eine solche des § 943 Anwendung[101]). Nach jener gilt der Eigenbesitz des Erblassers als auf ihn übergegangen. Nach dieser kommt ihm, dem wahren Erben zuliebe, die während des Eigenbesitzes des Erblassers verstrichene Ersitzungszeit zustatten, freilich im Sinne sowohl des § 943[102]), als auch des § 944[103]) unter der Voraussetzung, daß er auf den Rechtsanschein seines Eigentumes vom Besitzerwerbe, d. h. vom Eintritte des Erbfalles an schutzwürdig vertraut[104]). Dies setzt Kenntnis vom Erbfalle voraus. Solche wird der Erbschaftsbesitzer als Scheinerbe gerade dann, wenn der Erbe sie nicht hat, durchweg haben, so daß gerade dieserhalb dem wahren Erben, dem mangels der Kenntnis vom Eintritte seiner Erbfolge § 943 nichts nützen kann, nach § 944 zu helfen ist. Außer der während des Besitzes eines gutgläubigen Erblassers bis zu seinem Tode ununterbrochen verstrichenen Ersitzungszeit im Sinne des § 943 fällt unter den Begriff der zugunsten des Erbschaftsbesitzers verstrichenen Ersitzungszeit nach der Meinung des § 944 auch die vom Tode des Erblassers bis zur Herausgabe der Sache an

---

[97]) Vgl. Kober § 943 Erl. b β: „Wenn zwar der Rechtsvorgänger Eigenbesitz und guten Glauben hatte, diese Voraussetzungen aber oder auch nur eine von ihnen bei dem Rechtsnachfolger fehlen, so kann eine Fortsetzung der Ersitzung oder eine neue Ersitzung überhaupt nicht statthaben."

[98]) Wegen Fehlens des Rechtsanscheines oder des Vertrauens oder der Schutzwürdigkeit.

[99]) Unterbrechung und Hemmung wirken gegenüber der Personenreihe des § 943 geradeso wie gegenüber einer einzigen Person.

[100]) Erbschaftsbesitzer und demgemäß Scheinerbe im Sinne des § 944 ist „jeder, der im Kausalzusammenhange mit vorgeblichem Erbrechte die fragliche Sache in Händen hat; es kommt nicht darauf an, ob er außer der Sache, deren Ersitzung in Frage steht, noch mehr aus der Erbschaft besitzt". So richtig Kipp(-Windscheid) 1, 940.

[101]) Die Analogie des § 857 ist neben derjenigen des § 943 eine notwendige Folge des in § 944 zugrunde liegenden Gedankens, daß im Interesse des wahren Erben der Erbschaftsbesitzer als Scheinerbe wie der wahre Erbe behandelt werden soll. Sie kann auch, namentlich dann, wenn einerseits der Erbe seine Erbfolge nicht gekannt, andererseits der Erbschaftsbesitzer erst einige Zeit nach dem Tode des Erblassers die Erbschaft in Besitz genommen hat, für eine zugunsten des Erben durch die Ersitzungshilfe des Erbschaftsbesitzers zu erzielende möglichst weitgehende Vermeidung einer Unterbrechung der Ersitzung nicht entbehrt werden. Vgl. auch unten S. 68 A. 121.

[102]) Vgl. oben S. 59 f.

[103]) „Die Ersitzungszeit, die zugunsten eines Erbschaftsbesitzers verstrichen ist, kommt dem Erben zustatten."

[104]) Zutreffend M. Wolff a. a. O. § 71 I b A. 14: „Die Meinung der II. Kommission ... daß der böse Glaube des Erbschaftsbesitzers in Ansehung seines Erbrechtes die Anrechnung der Besitzzeit nicht hindere, kommt im Gesetze nicht zum Ausdruck."

den wahren Erben abgelaufene Besitzzeit des gutgläubigen Erbschaftsbesitzers. Beide Besitzzeiten, die des Erblassers und die des Erbschaftsbesitzers als Scheinerben, sollen nach § 944 dem wahren Erben zustatten kommen, natürlich im Falle seines Eintrittes in eine noch nicht vollendete Ersitzung unter derselben Voraussetzung, unter welcher nach § 943 die während des Besitzes des Erblassers verstrichene Ersitzungszeit unmittelbar dem Erben zustatten kommt, d. h. unter der Voraussetzung, daß der Erbe vom Besitzerwerb an, im Falle des § 944 also von der Herausgabe an, gutgläubig ist.

Die nach § 944 dem wahren Erben zustatten kommende, zugunsten des Erbschaftsbesitzers verstrichene Ersitzungszeit braucht aber in concreto die Besitzzeit des Erblassers nicht mit zu umfassen. Vielmehr ist es auch möglich, daß sie erst mit dem Tode des Erblassers beginnt, nämlich dann, wenn die Besitzzeit des Erblassers für diesen keine Ersitzungszeit war, weil er nicht Eigenbesitzer, sondern Fremdbesitzer war[105]) oder weil er nicht den guten Glauben hatte[106]).

Der Erbschaftsbesitzer kann daher nicht nur eine vom Erblasser begonnene[107]), sondern auch eine von ihm selbst begonnene Ersitzung zugunsten des Erben sowohl fortsetzen als auch vollenden[108]). Vollendet er sie und erfährt der Erbe erst nachträglich seine Erbfolge, so kann letzterem böser Glaube nun nicht mehr schaden, da der Erbe mit der Vollendung der Ersitzung durch den Erbschaftsbesitzer Eigentum erlangt hat[109]).

Das sagt zwar § 944 nicht unmittelbar. Es folgt aber aus dem Prinzip des § 944. Danach soll der Erbschaftsbesitzer, obschon er in Wirklichkeit weder Rechtsnachfolger des Erblassers noch Rechtsvorgänger des wahren Erben ist, doch, weil er Scheinerbe ist, zugunsten des wahren Erben im Verhältnise zum Erblasser wie der wahre Erbe, also wie der Rechtsnachfolger des Erblassers, und im Verhältnisse zum wahren Erben wie dessen Rechtsvorgänger behandelt werden. Dies beruht in der nahen Beziehung, die zwischen Scheinerbrecht und wahrem Erbrechte, zwischen Scheineigentum und wahrem Eigentume, zwischen deutschrechtlicher Gewere und Eigentum besteht. Rechtschein und Recht können sich so nahe sein, daß sie fast ineinander übergehen. Von diesem engen Zusammenhange beider[110]) bis zur Analogie der Rechtsnachfolgerschaft des wahren Erben im Verhältnisse zum Scheinerben sowie des Scheinerben im Verhältnisse zum Erblasser ist nur ein Schritt. In Ansehung der Erbschaft ist ja dann die Reihe vom Erblasser herunter: 1. Eigentum des Erblassers; 2. Scheineigentum des Erbschaftsbesitzers; 3. Eigentum des wahren Erben. So ist es nicht verwunderlich, wenn man im § 944 der freilich überwiegend unbewußten Idee einer Quasi-Rechtsnachfolgerschaft des Erbschaftsbesitzers im Verhältnisse zum Erblasser und einer Quasi-Rechtsvorgängerschaft desselben im Verhältnisse zum Erben Raum gab[111]).

---

[105]) Vgl. Brodmann § 943 Erl. 2.

[106]) Vgl. Kipp(-Windscheid) 1, 939.

[107]) Mit Recht macht der KommRGR. zu § 944 geltend, daß der Beginn der Ersitzungszeit im Sinne dieses Paragraphen „auch auf die Besitzzeit des Erblassers zurückgeführt werden kann, wenn dieser im Eigenbesitze war". Ebenso Biermann § 944 Erl. 2.

[108]) Vgl. RGRKomm. zu § 944; Biermann a. a. O.

[109]) Vgl. Biermann a. a. O.

[110]) Der Gedanke eines „inneren Zusammenhanges zwischen dem Besitze des vermeintlichen Erben und demjenigen des wahren Erben" ist schon in der II. Komm. aufgetaucht. (Vgl. Prot. 3, 237.)

[111]) Solchen Schritt konnte man um so leichter tun, als die accessio temporis des § 943 gerade darin ihren Grund haben sollte, daß zwar nicht das schutzwürdige Vertrauen auf den Rechtsanschein, wohl aber der Eigenbesitz als Rechtsanschein im Wege einer Rechtsnachfolge (Sonder- oder Gesamtnachfolge) übergeht. Diese Rechtsnachfolge in den Rechtsanschein war es, welche die Mo-

Diese Idee der Quasi-Rechtsnachfolgerschaft des Erben im Verhältnisse zum Erbschaftsbesitzer erfordert es aber, dem Erben, der seine Erbfolge erst erfährt, nachdem der Erbschaftsbesitzer die von ihm fortgesetzte oder begonnene Ersitzung schon vollendet hat, solche Ersitzung zustatten kommen zu lassen, einerlei, ob der Erbe nunmehr über die Zugehörigkeit der Sache zum Nachlaß in gutem oder bösem Glauben ist, also ob er auf den Anschein seines Eigentumes vertraut oder nicht vertraut. Eine Bestätigung liefert § 2026:

„Der Erbschaftsbesitzer kann sich dem Erben gegenüber, solange nicht der Erbschaftsanspruch verjährt ist, nicht auf die Ersitzung einer Sache berufen, die er als zur Erbschaft gehörend im Besitze hat."

Auch diese Vorschrift wird erst dadurch erklärbar, daß der Erbe in Ansehung der Ersitzung einer in der Erbschaft befindlichen Sache, freilich nur im Verhältnisse zum Erbschaftsbesitzer, als dessen Quasi-Rechtsnachfolger behandelt wird. Insoweit hiernach der Erbschaftsbesitzer als Quasi-Rechtsvorgänger nicht in Betracht kommt, also Dritten gegenüber, insbesondere gegenüber dem früheren Eigentümer, kann sich der Erbschaftsbesitzer zwar nicht auf die von ihm bloß fortgesetzte und vollendete, wohl aber auf die von ihm begonnene und vollendete Ersitzung[112]) jederzeit berufen. Anders jedoch im Verhältnisse zum Erben. Ihm gegenüber steht der Erbschaftsbesitzer in Ansehung des Eigentumes an der ersessenen Sache, einerlei, ob er die Ersitzung bloß fortgesetzt und vollendet, oder ob er sie begonnen und vollendet hat, wie ein Rechtsvorgänger da. Ihn muß er wie einen Rechtsnachfolger gelten lassen. Dem Erben gegenüber, insbesondere, wenn er die Sache herausverlangt, kann sich daher der Erbschaftsbesitzer auf die Ersitzung der Sache nicht berufen[113]). Letzteres ist dem Erb-

---

tive 3, 353 im Auge hatten, wenn sie sagten: „Die Ersitzungslage ist, wenn auch kein erworbenes Recht, doch eine Rechtsposition, welche ebenso wie das Eigentum im Wege der Singular- und Universalsukzession übertragen wird." Hier macht sich der von Jhering in seiner Schrift „Grund des Besitzschutzes" S. 45ff. (1869) ausgeführte Gedanke des Besitzes als Eigentumsposition, als präsumtiven Eigentumes, als Scheinrechtes bemerkbar. Was lag dann näher, als auch die Aufeinanderfolge des Eigenbesitzes des Erblassers, Erbschaftsbesitzers und Erben wie eine Rechtsnachfolge in den Rechtsanschein zu behandeln? Daß so sich der § 944 erklärt, wird dadurch bestätigt, daß die Motive 3, 356 den jetzigen § 2026, wonach der Erbschaftsbesitzer sich zwar Dritten gegenüber, aber vor der Verjährung des Erbschaftsanspruches nicht dem Erben gegenüber auf die Ersitzung berufen kann, mit der Begründung rechtfertigen, die Ersitzung habe hier nur zu einem „mit der Erbenposition des Ersitzenden verbundenen Eigentume" geführt.

Auch Brodmann § 944 Erl. 2 findet in § 944 den Gedanken, daß der Erbschaftsbesitzer in Ansehung der Ersitzung zugunsten des Erben wie dessen Rechtsvorgänger behandelt werden solle.

[112]) Dem Erbschaftsbesitzer selbst kommt die Ersitzungszeit des Erblassers und des von ihm etwa aus dem Eigenbesitze verdrängten Erben (vgl. darüber unten S. 70) nicht zustatten. Für sich selbst kann er daher nur auf Grund eigenen zehnjährigen redlichen Eigenbesitzes ersitzen. (Vgl. M. Wolff a. a. O S. 211; Biermann § 944 Erl. 2b; Brodmann § 944 Erl. 3). Das fällt aber nicht unter § 944, sondern unter § 937. Schon aus § 944 folgt jedoch, daß der Erbschaftsbesitzer solche für sich selbst begonnene und vollendete Ersitzung gegenüber dem Erben nicht geltend machen kann. Dies ist durch § 2026 ausdrücklich gesagt, freilich unter vernünftiger Begrenzung auf die Zeit, während welcher der Erbschaftsanspruch des Erben gegen den Erbschaftsbesitzer noch nicht verjährt ist (anders noch Entw. I § 888. Die Beschränkung ist erst von der II. Komm. hinzugefügt. Vgl. Prot. 3, 236). Mittelbar ergibt der § 2026 gleichzeitig, daß der Erbschaftsbesitzer sich auf eine eigene zehnjährige Ersitzung gegenüber Dritten, insbesondere gegenüber dem bisherigen Eigentümer berufen kann.

[113]) Die Motive 3, 356 meinen, dies führe „nicht zu einem doppelten relativen Eigentume des wahren Erben gegenüber dem Putativerben und des letzteren gegen alle übrigen Personen, sondern nur zu einem im Wege der Ersitzung entstehenden, aber mit der Erbenposition des Ersitzenden verbundenen Eigentume."

M. E. ist es durchaus zutreffend, daß das von dem Erbschaftsbesitzer als Scheinerben ersessene Eigentum mit seiner Erbenposition verbunden ist. Mit dieser geht es auf den wahren Erben über. Demgemäß steckt darin der Gedanke der Quasi-Rechtsnachfolge. Ob man jenes Eigentum deshalb relatives Eigentum nennen darf, weil es vom Scheinerben wegen solcher Quasi-Rechtsnachfolge gegenüber dem wahren Erben nicht geltend gemacht, wohl aber Dritten, die ja nicht als Quasi-

schaftsbesitzer erst dann möglich, wenn der Erbschaftsanspruch verjährt ist. Denn dann ist es so anzusehen, wie wenn der Erbschaftsbesitzer die Sache im Wege einer außerordentlichen Ersitzung vom Erben zurückerworben habe.

Dem Erben, der seine Nachfolge erst erfährt, nachdem der Erbschaftsbesitzer die von ihm fortgesetzte oder begonnene Ersitzung schon vollendet hat, kommt demnach letztere zustatten, gleichgültig, ob er jetzt gutgläubig ist oder nicht. Dagegen muß der Erbe, der die vom Erbschaftsbesitzer fortgesetzte oder begonnene Ersitzung seinerseits fortsetzt, ebenso wie der Erbschaftsbesitzer, der die Ersitzung des Erblassers fortsetzt oder selbst die Ersitzung beginnt, und ebenso wie der Erblasser während seiner ganzen Besitzzeit gutgläubig sein, also auf einen entsprechenden Rechtsanschein schutzwürdig vertrauen. Jeder von den dreien (Erblasser, Erbschaftsbesitzer, Erbe) muß auf den Anschein seines Eigentumes vertrauen. Dies muß für den wahren Erben lediglich ein Anschein des Eigentumes des Erblassers oder, was dasselbe ist, ein Anschein der Zugehörigkeit der Sache zum Nachlasse, für den Erbschaftsbesitzer als Scheinerben aber außerdem ein Anschein seines Erbrechtes sein[114]). Beide Rechtsanscheine müssen in einem objektiven Tatbestande bestehen, und zwar der Anschein des Eigentums des Erblassers in einem solchen, zufolgedessen sich der Besitz des Erblassers an der Sache nach außen hin, also auch dem Erbschaftsbesitzer oder Erben gegenüber als Eigenbesitz darstellte, dagegen der für den Erbschaftsbesitzer außerdem erforderliche Anschein seines Erbrechtes in einem Tatbestande, der objektiv einen Schluß auf das Erbrecht des Erbschaftsbesitzers gestattete (z. B. Todeserklärung des wahren Erben oder Verborgenheit eines Testamentes des Erblassers). Von dem letzteren Rechtsanscheine kann nicht abgesehen werden. Denn wenn der Erbschaftsbesitzer außer auf den Anschein des Eigentumes des Erblassers nicht auch auf den Anschein seines eigenen Erbrechtes vertraut, so kann von einer zu seinen Gunsten verstrichenen Ersitzungszeit im Sinne des § 944, d. h. von einer solchen, auf Grund deren er bei genügender Dauer selbst ersitzen könnte, nicht die Rede sein. Zudem soll nach der Idee dieser Norm der Erbschaftsbesitzer als Scheinerbe, was die zu seinen Gunsten verstrichene Ersitzungszeit und sein schutzwürdiges Ver-

---

Rechtsnachfolger in Betracht kommen, entgegengesetzt werden kann, ist eine Frage von geringerer Wichtigkeit. M. E. läßt sich aber ein solches Eigentum mit demselben Recht als relatives Eigentum bezeichnen wie ein fiduziarisches Eigentum. (So auch M. Wolff a. a. O. § 71 I 3b A. 13 u. § 88 V. A. M. Oertmann Dogm. J. 66, 289ff.) Im Grunde handelt es sich bei beiden um ein im Außenverhältnis wirksames, im Innenverhältnis unwirksames Scheineigentum, wobei freilich das Innenverhältnis im einen Falle auf Gesetz, im anderen Falle auf Vertrag beruht.

Die Motive 3, 356 führen übrigens die durch § 888 Entw. I vorgesehene, noch nicht durch die Ausnahme für den Fall der Verjährung des Erbschaftsanspruches beschränkte Unwirksamkeit der Ersitzung des Erbschaftsbesitzers gegenüber dem Erben vor allem darauf zurück, daß es „zu einer Inkonsequenz führen könnte, wenn der Putativerbe, welcher nicht durch Ersitzung an die Stelle des wahren Erben in Ansehung der Erbschaft als eines Ganzen treten kann, die Rechte als Erbe an einzelnen Sachen durch Ersitzung gewinnen könne". Dieser Gesichtspunkt ist aber schließlich nicht der entscheidende gewesen.

[114]) Die II. Komm. hielt es für hinreichend, „wenn der Erbschaftsbesitzer, gleichviel ob er in betreff seiner Eigenschaft als Erbe sich in gutem oder bösem Glauben befunden hat, in betreff der Zugehörigkeit der einzelnen Sachen zur Erbschaft in gutem Glauben gewesen ist". Prot. 3, 237. Ebenso Kipp (-Windscheid) 1, 940 Dernburg, BR. 3, § 106 II 3 A. 14; Brodmann § 944 Erl. 1; RGR.Komm. § 944; Kober § 944 Erl. A.

Demgegenüber wird von M. Wolff a. a. O. § 71 I b A. 14 mit Recht angenommen, daß der Erbschaftsbesitzer „erstens die Sache für Eigentum des Erblassers und zweitens sich für den Erben gehalten haben" muß. Ebenso Goldmann-Lilienthal, BGB. II § 19 A. 55; Planck-Greiff § 944 Erl. 1 u. namentlich Biermann § 944 Erl. 2, der hier zutreffend sagt: „Die abweichende Ansicht der Prot., vgl. III 257, ist deswegen nicht von Belang, weil sie sich auf eine Fassung des Paragraphen bezieht, in welcher die entscheidenden Worte: zugunsten eines Erbschaftsbesitzers gerade fehlten."

trauen auf den Rechtsanschein anlangt, zwar im Sinne des § 943 zu schließlichen Gunsten des Erben wie ein Rechtsnachfolger des Erblassers und wie ein Rechtsvorgänger des wahren Erben behandelt werden, aber letzterer soll durch den § 944 auch nicht besser gestellt werden als wie wenn der Erbschaftsbesitzer sein Rechtsvorgänger wäre. Solche Besserstellung würde vorliegen, wenn der Erbschaftsbesitzer nur auf den Anschein des Eigentumes des Erblassers, also auf den Anschein „daß die Sache als Eigentum des Erben zur Erbschaft gehöre", nicht auch auf den Anschein des eigenen Erbrechtes, d. h. des eigenen Eigentumes an der Sache zu vertrauen brauchte[115]). Denn dann würde der Erbschaftsbesitzer geradezu wie ein Vertreter des Erben behandelt werden. Dies liegt durchaus nicht in der Absicht des § 944[116]).

---

[115]) Hiernach kann ich nicht zustimmen, wenn der KommRGR. die Meinung vertritt, „daß es für den Fall des § 944 nicht darauf ankommen kann, ob der Erbschaftsbesitzer an sein Erbrecht geglaubt hat, sondern nur darauf, ob er den Eigenbesitz in dem Glauben geübt hat, daß die Sache als Eigentum des Erben zur Erbschaft gehöre; denn es würde dem Endzwecke der Begünstigung des wahren Erben widersprechen, wollte man annehmen, daß er gerade dann einen geringeren Schutz genießen sollte, wenn der Erbschaftsbesitzer nicht an sein Erbrecht geglaubt hat". Der hier angenommene Widerspruch scheint mir nicht vorzuliegen. Es ist m. E. schon Begünstigung genug für den wahren Erben, wenn zur Ermöglichung einer accessio temporis zu seinen Gunsten der Erbschaftsbesitzer durch § 944 wie sein Rechtsvorgänger behandelt wird, und zwar auch was den guten Glauben anlangt. Den Erben noch günstiger zu stellen, liegt kein Anlaß vor, da auch auf den wirklichen Eigentümer der Sache Rücksicht genommen werden muß. Für diesen bedeutet jede Begünstigung des Erben im Falle des § 944 einen Nachteil.

Der KommRGR. unterscheidet zwischen der vom Erbschaftsbesitzer zugunsten des Erben und der vom Erbschaftsbesitzer für sich selbst vollendeten Ersitzung. Für erstere verlangt er nur den guten Glauben des Erbschaftsbesitzers, „daß die Sache als Eigentum des Erben zur Erbschaft gehöre", für letztere „den guten Glauben an sein Erbrecht." M. E. ist solche Unterscheidung nicht gerechtfertigt. Vielmehr kann der Erbschaftsbesitzer die Ersitzung zugunsten des Erben nur auf Grund des gleichen guten Glaubens vollenden, dessen er zu einer Ersitzung für sich selbst bedarf (vgl. oben S. 64). Dies folgt auch aus § 2026. Es ist ja ganz dieselbe Ersitzung, die der Erbschaftsbesitzer nach § 2026 Dritten gegenüber als Ersitzung für sich selbst geltend machen kann, nicht aber, solange der Erbschaftsanspruch noch nicht verjährt ist, dem Erben gegenüber, weil sie diesem gemäß § 944 zustatten kommt.

Die genannte Unterscheidung des KommRGR. führt auch zu weiteren, m. E. unhaltbaren Folgerungen. Der Kommentar nimmt sie a. a. O. auf sich, indem er ausführt:

„Wenn also der Erbschaftsbesitzer mit dem aus der Erbschaft Erlangten auch die betreffende Sache an den Erben herausgibt (§ 2018), so ist zweierlei möglich. Entweder befand sich der Erbschaftsbesitzer in gutem Glauben an sein Erbrecht und hat deshalb das Eigentum an der Sache für sich erworben, oder er war insoweit schlechtgläubig und hat das Eigentum nicht erworben, weder für sich noch etwa für den Erben. Für diesen schon deshalb nicht, weil er ihn nicht vertritt.

Der Erbe empfängt in dem zweiten Falle also eine Sache, die noch im Eigentume des Dritten steht, er erwirbt aber selbst das Eigentum daran durch Ersitzung, sobald er den Besitz erlangt . . . In dem ersten Falle hat zwar der Erbschaftsbesitzer die Ersitzung beendet und selbst Eigentum erworben mit der Wirkung, daß der dritte Eigentümer sein Eigentum verloren hat, aber bei der Herausgabe der Sache an den Erben überträgt er das ersessene Eigentum nicht auf diesen. Der Erbe wird nicht der Rechtsnachfolger des Erbschaftsbesitzers, im Verhältnis zum Erben gilt dieser überhaupt nicht als Eigentümer der Sache (§ 2026). Auch für den ersten Fall ist daher anzunehmen, daß der Erbe mit der Erlangung des Besitzes an der Sache das Eigentum ebenso selbständig durch eigene Ersitzung erwirbt wie in dem oben erörterten zweiten Fall."

Diese m. E. nicht überzeugenden Ausführungen scheinen mir, abgesehen von der bereits beanstandeten Unterscheidung namentlich daran zu leiden, daß sie den übereinstimmenden Zweck des § 944 und des § 2026 übersehen, nämlich die ratio, den wahren Erben, wenn er auch nicht Rechtsnachfolger des Erbschaftsbesitzers ist, doch im Verhältnis zu diesem wie einen solchen zu behandeln.

[116]) In der II. Komm. wurde allerdings von einer Seite „die Auffassung als möglich bezeichnet, daß die Erbschaft selbst als Ganzes die Ersitzung fortsetze und der Erbschaftsbesitzer nur als Vertreter derselben zu behandeln sei." (Vgl. Prot. 3, 237.) Dieser Meinung ist jedoch mit Recht keine Folge gegeben worden.

Von anderer Seite wurde in der II. Komm. „darauf hingewiesen, daß das römische Recht die Handlungen des Erbschaftsbesitzers unter den Gesichtspunkt der G e s c h ä f t s f ü h r u n g bringt und daß die Voraussetzungen der Ersitzung zunächst nach der Person des Erbschaftsbesitzers zu beurteilen seien, zu welchem dann der wahre Erbe in einem Verhältnis ä h n l i c h w i e e i n R e c h t s-

Das schutzwürdige Vertrauen auf den betreffenden Rechtsanschein ist nach dem Prinzip des § 944 für den Erblasser, Erbschaftsbesitzer und Erben gerade so im Sinne einer bloßen accessio temporis zu vermuten wie auf Grund des § 943 für einen Rechtsvorgänger und für einen näheren und entfernteren Rechtsnachfolger. Zugunsten eines jeden gilt also für den Zeitpunkt seines Besitzerwerbes die zweifach widerlegliche, für die Fortdauer seines Besitzes die einfach widerlegliche Vermutung des schutzwürdigen Vertrauens.

Einem Erben, der seine Erbfolge nicht kennt, der darum auf den Anschein seines Eigentumes nicht vertraut, und dem deshalb nach § 943 sich nicht helfen läßt, kann demnach durchaus im Rahmen einer accessio temporis nach § 944 Ersitzungshilfe zuteil werden.

Wenn freilich der Erbschaftsbesitzer bösgläubig ist, so versagt auch diese Hilfe. Im übrigen kommt es dann darauf an, ob der Erbschaftsbesitzer auf den Anschein des Eigentumes des Erblassers oder lediglich auf den Anschein seines Erbrechtes nicht schutzwürdig vertraut. Im ersteren Falle besteht m. E. weder ein Bedürfnis noch eine Möglichkeit, dem seine Erbfolge nicht kennenden Erben einen Ersatz für die Ersitzungshilfe des Erbschaftsbesitzers zu gewähren. Eher könnte man versucht sein, ein derartiges Bedürfnis anzuerkennen, wenn der Erbschaftsbesitzer bloß auf den Anschein seines Erbrechtes nicht schutzwürdig vertraut. In diesem Falle kann auch eine entsprechende Möglichkeit in Frage kommen. Dann ließe sich nämlich der Erbschaftsbesitzer wie irgendein Dritter ansehen, an den der Erbe als Eigenbesitzer (§ 857) den Eigenbesitz ohne seinen Willen verloren hat. Wenn also solchenfalls (nach inzwischen erlangter Kenntnis von der Erbfolge) der Erbe von dem Erbschaftsbesitzer den Eigenbesitz binnen Jahresfrist oder mittels einer innerhalb dieser Frist erhobenen Klage wiedererlangt hat, so würde gemäß § 940 zugunsten des Erben die durch den Verlust des Eigenbesitzes eingetretene Unterbrechung der Ersitzung als nicht erfolgt gelten. Aber damit wäre die Unterbrechung der Ersitzung noch nicht beseitigt, die dadurch eingetreten ist, daß der Erbe eine Zeitlang mangels Kenntnis von der Erbfolge nicht auf den Anschein seines Eigentumes vertraut hat. So entfällt die Möglichkeit, für den Fall, daß der Erbschaftsbesitzer zwar auf den Anschein des Eigentumes des Erblassers, nicht aber auf den Anschein seines Erbrechtes schutzwürdig vertraut hat, dem Erben unter Heranziehung des § 940 einen gewissen Ersatz für die Ersitzungshilfe des Erbschaftsbesitzers zu geben.

Aus demselben Grunde läßt sich dem Erben auch nicht helfen, wenn während seiner Unkenntnis von der Erbfolge nicht ein Erbschaftsbesitzer, sondern ein bösgläubiger Dritter, der also nicht einmal wie ein bösgläubiger Erbschaftsbesitzer Scheinerbe ist, sei es den ganzen Nachlaß, sei es bloß die Sache an sich genommen hat. Auch diesfalls kann der Erbe mittels des § 940 zwar die Unterbrechung wegen Verlustes des Eigenbesitzes, also wegen des Verlustes des Rechtsanscheines, nicht aber die Unterbrechung wegen fehlenden Vertrauens auf den Rechtsanschein vermeiden.

Anders steht es, wenn der bösgläubige Dritte entweder den ganzen Nachlaß oder nur die Sache einem gutgläubigen Erbschaftsbesitzer fortnimmt. Denn

---

nachfolger stehe" (Prot. 3, 237). Hier sind zwei durchaus gegensätzliche Gesichtspunkte miteinander vereinigt. Nur derjenige einer Analogie der Rechtsnachfolge des Erben, also einer Rechtsvorgängerschaft des Erbschaftsbesitzers ist der richtige. Dagegen kann von einer Geschäftsführung des Erbschaftsbesitzers keine Rede sein. Der Erbschaftsbesitzer führt die Geschäfte der Erbschaft nicht im Interesse des Erben, sondern in seinem eigenen Interesse. Als Geschäftsführer für den Erben kann nur jemand betrachtet werden, der das Interesse des Erben wahrnimmt, insbesondere solange dieser selbst dazu nicht in der Lage ist, z. B. ein Nachlaßpfleger oder sonstiger Erbenvertreter (vgl. darüber unten S. 68 ff.).

dann hat der Erbschaftsbesitzer die Möglichkeit, gemäß § 940 die Unterbrechung wegen Verlustes des Besitzes (Rechtsanscheines) zu vermeiden. Auf dem Wege der Ersitzungshilfe des Erbschaftsbesitzers kommt dann dem Erben nicht bloß dies zugute, sondern ebenso die Tatsache, daß solchenfalls durch den guten Glauben des Erbschaftsbesitzers auch eine Unterbrechung wegen fehlenden Vertrauens ausgeschlossen ist.

Der Erbe gelangt also mit § 940 nicht zum Ziele, wenn der bösgläubige Dritte ihm selbst während seiner Unkenntnis von der Erbfolge den Eigenbesitz entzogen hat. Wohl aber kann er durch die Vermittelung des Erbschaftsbesitzers den Schutz des § 940 genießen, wenn der Dritte dem Erbschaftsbesitzer die Sache weggenommen hat. Dieser Gegensatz, der zunächst befremdlich erscheinen könnte, hat auf der einen Seite seinen Grund darin, daß der § 940 nur einer Lücke in der Extensität des Rechtsanscheines begegnen soll, nicht einer Lücke in der Extensität des schutzwürdigen Vertrauens[117]). Ein Erbe, der seine Erbfolge nicht kannte und dem während seiner Unkenntnis ein bösgläubiger Dritter den Eigenbesitz entzogen hat, kann daher nach Kenntniserlangung mittels des § 940 wohl die Lücke des Rechtsanscheines, nicht aber diejenige des Vertrauens vermeiden[118]). Andererseits hat die Ersitzungshilfe des gutgläubigen Erbschaftsbesitzers gemäß § 944 den Zweck, nicht bloß eine Lücke des Besitzes, also des Rechtsanscheines, sondern auch eine solche des Vertrauens auszufüllen. Dadurch, daß ein bösgläubiger Dritter dem Erbschaftsbesitzer den Besitz der Sache nimmt, entsteht in der Ausfüllung eine neue Lücke (und zwar lediglich eine solche des Rechtsanscheines), wenn der Erbschaftsbesitzer dem nicht mit Hilfe des § 940 vorbeugt. Tut er dies, so bleibt die Ausfüllung lückenlos, was natürlich dem Erben im Wege der Ersitzungshilfe des gutgläubigen Erbschaftsbesitzers mittelbar zustatten kommen muß.

Von diesen Gesichtspunkten aus kann man im Falle der Dejektion des seine Erbfolge nicht kennenden Erben durch einen bösgläubigen Erbschaftsbesitzer oder Dritten eine dem Erben zu gewährende besondere Ersitzungshilfe auch nicht als ein Bedürfnis ansehen. Wegen der rechtsvernichtenden Wirkung, welche die Ersitzung für den Eigentümer mit sich bringt, verträgt der das Ersitzungsinstitut allein rechtfertigende Grundsatz lückenloser Extensität des Rechtsanscheines und des schutzwürdigen Vertrauens[119]) keine Ausnahme. Die §§ 944 und 940 sind keine Ausnahmen, sondern im Grunde Bestätigungen des Prinzips, § 944 in Ansehung des Besitzes als Rechtsanscheines und des schutzwürdigen Vertrauens, § 940 mit Bezug auf den Rechtsanschein. Eine Ausnahme von dem Erfordernisse lückenloser Extensität des schutzwürdigen Vertrauens

---

[117]) Der Unterschied zwischen der Ersitzungshilfe des § 940 und derjenigen des § 944 besteht also nicht bloß darin, daß es sich dort um die Anrechnung eines verhältnismäßig sehr kurzen Zwischenbesitzes, hier um die unbeschränkte Anrechnung der Besitzzeit des Scheinerben zugunsten des wahren Erben handelt (vgl. Prot. 3, 237), sondern auch darin, daß nach § 940 bloß ein Zwischenbesitz, nach § 944 aber auch ein Zwischenvertrauen angerechnet wird.

[118]) Gerade wie in dem Falle, in welchem ein bösgläubiger Erbschaftsbesitzer dem Erben während seiner Unkenntnis von der Erbfolge den Eigenbesitz entzogen hat. (Vgl. oben S. 66f.) Wenn also M. Wolff, Sachenrecht S. 211 [1926], meint, daß „man dem Erben bisweilen auch bei Bösgläubigkeit des Erbschaftsbesitzers mit Hilfe von § 940 II helfen" könne (vgl. auch Kipp[-Windscheid] I, 939), so trifft dies nach unserer im Text entwickelten Auffassung nur zu, sofern der bösgläubige Erbschaftsbesitzer den seine Erbfolge bereits kennenden Erben aus dem Eigenbesitze verdrängt hat. Denn dann kann von dem Erben die Lücke des Rechtsanscheines vermittels des § 940 II vermieden werden, während wegen der Kenntnis des Erben von der Erbfolge es der Vermeidung einer Lücke des Vertrauens gar nicht bedarf.

[119]) Die verschiedene Wirkung von Unterbrechung und Hemmung der Ersitzung beruht gerade darauf, daß bei jener eine Lücke in der Extensität des Rechtsanscheines oder des schutzwürdigen Vertrauens vorhanden ist, bei dieser nicht.

aber würde es sein, wenn man einem Erben, der seine Erbfolge nicht kannte und von einem bösgläubigen Erbschaftsbesitzer oder Dritten aus seinem Eigenbesitze dejiziert ist, durch den § 940 nicht bloß in Ansehung des Rechtsanscheines, (auf den sich der § 940 allein bezieht und der in dem daselbst vorausgesetzten Falle trotz des Eigenbesitzverlustes niemals verloren war[120]), sondern auch in Ansehung des schutzwürdigen Vertrauens Ersitzungshilfe gewähren wollte.

Die Ersitzungshilfe, die nach § 944 der gutgläubige Erbschaftsbesitzer als Scheinerbe dem wahren Erben leistet, ist eine unbewußte und unbeabsichtigte. Schon aus § 944 folgt aber auch die Möglichkeit einer entsprechenden bewußten und beabsichtigten Ersitzungshilfe. Diese Hilfe kann dem Erben durch jemanden zuteil werden, der, ohne daß ein Erbschaftsbesitzer sich der Erbschaft bemächtigt hat, für den seine Erbfolge nicht kennenden, etwa abwesenden Erben im Vertrauen auf dessen Eigentum den Besitz ausübt. Denn wenn bereits ein Erbschaftsbesitzer, der doch für sich die Sache besitzen will, dem Erben Ersitzungshilfe leisten kann, so muß hierzu erst recht derjenige in der Lage sein, der von vornherein für den Erben besitzt. Was der Erbschaftsbesitzer, der tatsächlich eine gegensätzliche Rechtsstellung gegenüber dem Erben behauptet, zu dessen Gunsten tun kann, muß auch jemand können, der für ihn handelt. Dies ist aber bereits Vertretung, sei es im Wege der Geschäftsführung ohne Auftrag, sei es gemäß Auftrag des Erblassers, sei es zufolge amtlichen Auftrages (insbesondere Bestellung als Testamentsvollstrecker oder als Nachlaßpfleger) und gehört daher nicht mehr unter § 944[121]).

Insoweit also ein Bedürfnis besteht, auch zugunsten des Erben, der seine Erbfolge nicht kennt, die Ersitzung laufen zu lassen, wird es gemäß § 944 oder auf dem Wege der Erbenvertretung hinreichend befriedigt. Man hat es daher nicht notwendig, ihn, der in der Tat „gar keinen Glauben in betreff der Sache hat", im Sinne des § 943 als gutgläubigen Rechtsnachfolger des Erblassers zu fingieren, also ihn nicht bloß in den Besitz, sondern auch in den guten Glauben sukzedieren zu lassen, mithin die durch den § 943 beseitigte successio in usucapionem auf einem Umwege doch wieder einzuführen. Die Art, wie nach unseren Ausführungen gemäß § 944 die zugunsten des Erbschaftsbesitzers verstrichene Ersitzungszeit dem Erben zustatten kommt, läßt sich demgegenüber durchaus folgerichtig im Rahmen einer bloßen accessio temporis halten. Dies bedeutet aber nach unseren Erörterungen, daß, wie schon dem Erblasser, so auch sowohl dem Erbschaftsbesitzer als dem Erben, dem schließlich die Sache herausgegeben wird, für den Zeitpunkt des Besitzerwerbes nur die minder günstige zweifach widerlegliche und erst für die Fortdauer des Besitzes die bloß einfach widerlegliche Vermutung des schutzwürdigen Vertrauens zugute zu bringen ist.

Wie aber, wenn die Sache von einem Erbenvertreter dem Erben herausgegeben wird? Es fragt sich, ob dann für den Zeitpunkt der Herausgabe ebenso wie für den Besitzbeginn des Erbenvertreters die zweifach widerlegliche Vermutung gilt oder ob, wie für die weitere Besitzzeit des Erbenvertreters, so auch von vornherein für die Besitzzeit des Erben, also schon für den Zeitpunkt der Herausgabe, eine bloß einfach widerlegliche Vermutung besteht. Ich möchte letzteres annehmen. Zwar kommt für das schutzwürdige Vertrauen auf den

---

[120]) Vgl. oben S. 48 f.

[121]) Der Fall, daß nach dem Tode des Erblassers bis zur Besitzergreifung durch den Erbschaftsbesitzer eine gewisse Zeit verstreicht, ist von Brodmann § 944 Erl. 2 zwar kurz erwähnt, dann aber nicht weiter berücksichtigt. Auch hier kommt für die Zwischenzeit Ersitzungshilfe durch einen Erbenvertreter in Betracht, vor allem aber die oben S. 61 erörterte Analogie des § 867. Letzterer kommt nahe Biermann zu § 944 Erl. 2.

Rechtsanschein während der Besitzzeit des Erbenvertreters zufolge einer Analogie des § 166[122]) nur die Person des Vertreters, nach der Herausgabe dagegen die Person des Erben in Betracht. Aber es findet doch eben während der Vertretung auch eine Vertretung im schutzwürdigen Vertrauen statt, so daß dieses wie ein Vertrauen des Vertretenen selbst anzusehen ist. Daraus folgt, daß, wie für die weitere Besitzzeit des Erbenvertreters, so auch für den Übergang der Sachinhabung auf den Erben eine bloß einfach widerlegliche Vermutung des schutzwürdigen Vertrauens gelten muß. Hierin ist gerade die Besserstellung zu erblicken, die dem Erben durch die Ersitzungshilfe eines Vertreters im Gegensatze zur Ersitzungshilfe eines Erbschaftsbesitzers zuteil wird[123]). Sie ist auch nicht ungerechtfertigt. Denn wenn ein Vertreter für den Erben die Erbschaft in Händen gehabt hat, ist der Erbe zu der Annahme, daß der bisherige Inhaber der Sache beim Besitzerwerb in Ansehung der Grundlage des schutzwürdigen Vertrauens seine Schuldigkeit getan hat, m. E. eher berechtigt als in dem Falle, in dem ein Erbschaftsbesitzer die Sache gegen ihn besessen hat.

In der Regel wird aber der Erbe im Falle einer Ersitzungshilfe durch einen Erbschaftsbesitzer oder Erbenvertreter noch während dessen Besitzzeit seine Erbfolge erfahren, weil er von ihr durchweg schon vor der Herausgabe der Erbschaft Kenntnis erlangt. Von da an kann er dann in gutem oder bösem Glauben sein. Zum guten Glauben muß es mit Rücksicht auf das Prinzip der Gesamtnachfolge genügen, wenn er ganz im allgemeinen daran glaubt, daß die in der Erbschaft befindlichen Sachen im Eigentume des Erblassers standen. Dies setzt Kenntnis davon, daß die Ersitzungssache sich in der Erbschaft befindet, nicht voraus. Dagegen ist der Erbe nur dann in bösem Glauben, wenn er weiß oder wissen muß, daß die Ersitzungssache nicht dem Erblasser gehörte. Hierzu ist Kenntnis von ihrem Vorhandensein in der Erbschaft erforderlich[124]).

Ist nun der Erbe während der Besitzzeit des Erbschaftsbesitzers in bösem Glauben, so kann die Fortsetzung des gutgläubigen Besitzes durch den Erbschaftsbesitzer ihm nichts mehr nützen. Darum ist, falls der Erbe innerhalb jener Besitzzeit Kenntnis von seiner Erbfolge erlangt, der Zeitpunkt der Kenntniserlangung der entscheidende dafür, ob die Ersitzung zu seinen Gunsten weiterläuft. Auf diesen Zeitpunkt muß daher in solchem Falle die dem Erben zustatten kommende doppelt widerlegliche Vermutung des schutzwürdigen Vertrauens zurückgezogen werden[125]). Sie kann widerlegt werden entweder durch den Beweis, daß der Erbe damals wußte, oder durch den Beweis, daß er in jenem Augenblicke wissen konnte, die Sache gehöre nicht dem Erblasser, welche beiden Beweise den Vorbeweis erfordern, daß der Erbe im genannten

---

[122]) Unmittelbar ist § 166 hier nicht anzuwenden, da bei der Ersitzung nicht von einer Willenserklärung die Rede sein kann. Über die Behandlung der Ersitzung als Rechtsgeschäft vgl. aber Manigk, ArchBürgR. 25, 324ff.; Kober § 937 Erl. 1c.

[123]) Vgl. oben S. 65.

[124]) Dieser Auffassung kommt einigermaßen nahe Kipp(-Windscheid) 1, 939f., wenn hier gesagt ist: der Erbe „kann auch die Ersitzung vollenden, ohne die Sache in der Erbschaft wahrgenommen zu haben. Nimmt er aber die Sache vor Ablauf der Ersitzung in der Erbschaft wahr, so schadet ihm sein böser Glaube".

[125]) Hiermit berührt es sich, wenn M. Wolff a. a. O. S. 211 meint, daß der Erbe im Augenblicke der Kenntniserlangung vom Erbgange gutgläubig im strengen Sinne sein müsse. In einem gewissen Widerspruche dazu steht es aber, wenn Wolff ebenda schon vor diesem Zeitpunkte einen Ersitzungsbeginn durch den Erben auf Grund guten Glaubens für möglich hält. — Wolff ist hierin etwa beeinflußt durch Kipp(-Windscheid) 1, 940, der aber den Zeitpunkt, für welchen an den guten Glauben des Erben die höheren Anforderungen zu stellen seien, nicht schon mit der Kenntniserlangung vom Erbgange, sondern erst mit der Wahrnehmung der Sache in der Erbschaft als gegeben ansieht. Über den Widerspruch, der für Kipp ebenso wie für Wolff die Folge ist, versucht Kipp a. a. O. hinwegzukommen.

Zeitpunkte Kenntnis vom Vorhandensein der Sache im Nachlasse gehabt habe. Meist wird der Vorbeweis unmöglich sein, weil ein Erbe, der erst während der Besitzzeit eines Erbschaftsbesitzers seine Erbfolge erfährt, vom Vorhandensein der Ersitzungssache im Nachlasse gewöhnlich erst Kenntnis erhält, nachdem ihm die Erbschaft vom Erbschaftsbesitzer herausgegeben und ihm so Gelegenheit gegeben ist, den Bestand der darin befindlichen Sachen festzustellen. An der Nichterbringbarkeit des Vorbeweises wird darum meist schon die Entkräftung der doppelt widerleglichen Vermutung des schutzwürdigen Vertrauens scheitern, die dem Erben, der während der Besitzzeit des Erbschaftsbesitzers seine Erbfolge erfahren hat, für den Zeitpunkt dieser Kenntniserlangung zugute kommt. Die Folge ist, daß von da an ihm die günstigere bloß einfach widerlegliche Vermutung des schutzwürdigen Vertrauens zustatten kommt, gegen welche von den genannten beiden Beweisen, die beide den erwähnten schwer erbringbaren Vorbeweis erfordern, nur der an sich schwierigere Beweis platzgreifen kann, daß der Erbe gewußt habe, die Sache gehöre nicht dem Erblasser. Diese günstigere Vermutung läuft auch dann weiter, wenn die Ersitzungssache dem Erben vom Erbschaftsbesitzer herausgegeben wird.

Erfährt der Erbe während der Besitzzeit eines Erbenvertreters seine Erbfolge, so ist der Zeitpunkt der Kenntniserlangung, weil der Erbe von da an im guten oder bösen Glauben sein kann, ebenfalls der entscheidende dafür, ob die Ersitzung für ihn weiterläuft. Bisher kam es zwar nach der Analogie des § 166[126]) nur auf den guten oder bösen Glauben des Vertreters an. Aber da dieser nur für den Erben den Besitz ausgeübt hat, setzt von nun an der Erbe in Person die Ersitzung fort. Sein persönliches schutzwürdiges Vertrauen auf den Rechtsanschein seines Eigentumes, also des Eigentumes des Erblassers, ist fortan maßgebend. Aber im Gegensatze zu einem Erben, der während der Besitzzeit eines Erbschaftsbesitzers seine Erbfolge erfährt, genießt er, weil das bisherige schutzwürdige Vertrauen des Erbenvertreters entsprechend § 166 wie sein eigenes anzusehen ist, schon für den Zeitpunkt der Kenntniserlangung wie für die noch folgende Ersitzungszeit den Vorteil der bloß einfach widerleglichen Vermutung des schutzwürdigen Vertrauens.

Wenn der Erbe gleichzeitig mit dem Besitzerwerbe des Erbschaftsbesitzers oder Erbenvertreters seine Erbfolge erfährt, ist nach Vorigem die zweifach widerlegliche Vermutung seines schutzwürdigen Vertrauens auf diesen Augenblick zurückzubeziehen. Für die weitere Besitzzeit des Erbschaftsbesitzers oder Erbenvertreters sowie für die sich anschließende des Erbens gilt dann die bloß einfach widerlegliche. Auch im übrigen ist dieser Fall entsprechend zu behandeln wie derjenige, in dem der Erbe während der Besitzzeit des Erbschaftsbesitzers oder Erbenvertreters Kenntnis von der Erbfolge erhält.

Schließlich ist noch des weiteren Falles zu gedenken, daß der wahre Erbe den Eintritt des Erbfalles und seine Erbfolge alsbald erfährt und erst nachträglich von einem Erbschaftsbesitzer als Scheinerben aus dem Besitze verdrängt wird. In diesem Falle kann dem Erben, wenn er und der Erbschaftsbesitzer gutgläubig sind, nach § 943 und 944 geholfen werden. Als wirklicher Rechtsnachfolger des Erblassers setzt dann der Erbe gemäß § 943 zunächst die Ersitzung des Erblassers fort. Nach dem Prinzip des § 944 ist aber weiter der Erbschaftsbesitzer als Scheinerbe nicht bloß wie ein Rechtsnachfolger des zunächst im Besitz gewesenen wahren Erben, sondern auch wie ein Rechtsvorgänger des schließlich wieder in den Besitz gelangten wahren Erben zu behandeln.

---

[126]) Vgl. oben S. 69 A. 122.

Daß ein von vornherein seine Erbfolge kennender Erbe durch einen Erbenvertreter als Vertreter aus dem Besitze verdrängt werden könnte, ist nicht denkbar. Sobald der Vertreter des Erben nicht mehr für diesen, sondern für sich besitzen will, steht er einem beliebigen Dritten gleich, an den der Erbe ohne seinen Willen den Eigenbesitz verloren hat. Dasselbe gilt von einem bösgläubigen Erbschaftsbesitzer, der den Erben aus dem Besitze verdrängte. In diesen sämtlichen drei Fällen hat also der Erbe nach § 940 die Möglichkeit, dadurch, daß er binnen Jahresfrist oder mittels einer innerhalb dieser Frist erhobenen Klage den Eigenbesitz wiedererlangt, eine Lücke in der Extensität des Rechtsanscheines zu vermeiden. Da er seine Erbfolge sofort gekannt hat, konnte er von Anfang an im guten Glauben sein. Diesen vorausgesetzt, ist dann eine Lücke in der Extensität des schutzwürdigen Vertrauens nie entstanden. Der gute Glaube des Erben, also sein schutzwürdiges Vertrauen wird bei sofortiger Kenntnis des Erben von der Erbfolge für den Zeitpunkt des Erbfalles zweifach widerleglich, für die Folgezeit einfach widerleglich vermutet. Wird die betreffende Vermutung nicht widerlegt, so gilt in den genannten drei Fällen als feststehend, daß eine Unterbrechung in der Ersitzung wegen fehlenden schutzwürdigen Vertrauens des Erben nie eingetreten ist[127]).

§ 10
Ersitzung der Lastenfreiheit des Eigentumes

Der Eigenbesitz als Rechtsanschein des Eigentumes ist der Anschein eines lastenfreien Eigentumes. Dies folgt aus § 903:

> „Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen."

Hieraus geht hervor, daß das Gesetz die Belastung des Eigentumes mit Rechten Dritter als Ausnahme von der Regel ansieht. Dies bedeutet eine für den Gesetzgeber vorhanden gewesene abstrakte Rechtswahrscheinlichkeit der Lastenfreiheit des Eigentumes. Entsprechend ist dem Richter eine konkrete Rechtswahrscheinlichkeit, eine Rechtsvermutung solcher Lastenfreiheit vorgeschrieben. Für den Eigenbesitzer aber ergibt sich daraus ein Rechtsanschein der Lastenfreiheit seines Eigentumes. Im schutzwürdigen Vertrauen auf diesen Rechtsanschein muß er bei gleicher Extensität des Rechtsanscheines und des schutzwürdigen Vertrauens geradeso geschützt werden, wie er im schutzwürdigen Vertrauen auf den Rechtsanschein seines Eigentumes geschützt wird. Wirkt dieser Schutz sich aus im Erwerbe des Eigentumes durch Ersitzung, so jener im Erwerbe der Lastenfreiheit des Eigentumes durch Ersitzung.

Die Extensität des Rechtsanscheines der Lastenfreiheit erfordert aber auch für den Eigenbesitzer — abgesehen von der Möglichkeit einer Analogie des § 940 II[128]) — einen entsprechenden andauernden Besitz der Lastenfreiheit. Solcher Besitz setzt voraus, daß der Dritte sein das Eigentum belastendes Recht während der Ersitzungszeit gegen den Eigenbesitzer nicht ausgeübt hat[129]).

---

[127]) Insofern ist es richtig, wenn M. Wolff, Sachenrecht § 71 I 3b A. 14, sagt: daß „man dem Erben bisweilen auch bei Bösgläubigkeit des Erbschaftsbesitzers mit Hilfe von § 940 2, helfen" könne (vgl. auch Fischer-Henle, BGB. zu § 944). Inwieweit dies möglich ist, habe ich hier festzustellen gesucht. Nicht möglich ist es, bei Unkenntnis des Erben von seiner Erbfolge (vgl. oben S. 66 ff. bes. S. 67 A. 118). Letzteres muß Wolff leugnen, weil er der, allerdings m. E. irrtümlichen Auffassung ist, daß ein Erbe, der seine Erbfolge nicht kenne, in Ansehung der Ersitzungssache in gutem Glauben sei.

[128]) Vgl. unten S. 74.

[129]) Wovon gewöhnlich die Kehrseite ist, aber nicht zu sein braucht, daß der Eigenbesitzer den Inhalt des Rechtes für sich ausgeübt hat. Vgl. unten S. 76.

Dies liegt in § 945 Satz 2, wenn es hier heißt: „Die Ersitzungszeit muß auch in Ansehung des Rechtes des Dritten verstrichen sein." Zugleich ist hiermit das Erfordernis der Extensität des Vertrauens auf den Rechtsanschein der Lastenfreiheit ausgesprochen. Der Beweis dieser Extensität wird aber gemäß § 945 Satz 1 dem Eigenbesitzer durch ein entsprechendes Vermutungssystem erleichtert, wie es nach § 937 II für die Extensität seines Vertrauens auf den Rechtsanschein des Eigentumes gilt[130]). Ebenso wird zugunsten des Eigenbesitzers die Extensität des Rechtsanscheines der Lastenfreiheit des Eigentumes, also sein die Ersitzungszeit hindurch fortdauernder Besitz dieser Lastenfreiheit, vermutet, d. h. es wird vermutet, daß der Dritte sein das Eigentum belastendes Recht während der Ersitzungszeit gegen den Eigenbesitzer nicht ausgeübt hat. Wenn auch § 938 in § 945 nicht entsprechend für anwendbar erklärt ist, so folgt diese Vermutung zugunsten des Eigenbesitzers doch aus dem Eigenbesitz an sich in Verbindung mit der Vermutung der Lastenfreiheit des Eigentumes, auch aus der Vermutung der Fortdauer eines einmal eingetretenen Zustandes. Dem Dritten ist also anheimgegeben, die Vermutung des Besitzes der Lastenfreiheit durch den Beweis zu widerlegen, daß er sein Recht während der Ersitzungszeit ausgeübt habe[131]).

Mit der Ersitzung des Eigentumes geht hiernach, wenn der Eigenbesitzer während der Ersitzungszeit im Besitze der Lastenfreiheit des Eigentumes ist und auf den hierin liegenden Rechtsanschein der Lastenfreiheit schutzwürdig vertraut, eine Ersitzung der Lastenfreiheit des Eigentumes Hand in Hand[132]).

[130]) Das schutzwürdige Vertrauen des Eigenbesitzers auf den Rechtsanschein der Lastenfreiheit wird also für den Zeitpunkt seines Eigenbesitzerwerbes zweifach widerleglich, für die Fortdauer seines Eigenbesitzes, der gleichzeitig den Besitz der Lastenfreiheit in sich schließen muß, nur einfach widerleglich vermutet.

[131]) Eine ganz andere Auffassung über die Beweislast bei der Ersitzung der Lastenfreiheit vertritt Kober § 945 Erl. 1e. Dagegen kommt Brodmann § 945 Erl. 1b dem hier eingenommenen Standpunkte näher, ohne freilich mit ihm übereinzustimmen.

[132]) Während nach § 936 der Eigentumserwerb durch Übertragung wegen des hierbei sich auslösenden intensiven derivativen Rechtsanscheines (vgl. oben S. 36) der Lastenfreiheit das Erlöschen „der dem Erwerber entschuldbar unbekannten Rechte Dritter an der Sache" (KommRGR. § 945 A. 1) ohne weiteres bewirkt, hat nach § 945 der Eigentumserwerb durch Ersitzung, weil neben dem zu ihm führenden originären extensiven Rechtsanschein eigenen Eigentumes auch nur ein solcher extensiver Rechtanschein der Lastenfreiheit dieses Eigentumes nebenhergeht, die Befreiung der Sache von den Rechten Dritter nur dann zur Folge, wenn der Erwerber diese Freiheit in entsprechender Weise ersessen hat, wie das Eigentum. Die Eigentumsersitzung braucht also eine Freiheitsersitzung nicht notwendig mit sich zu bringen. Vgl. KommRGR. a. a. O. Dieser Kommentar ist aber weiter der Auffassung, daß umgekehrt die Freiheitsersitzung die Eigentumsersitzung zur notwendigen Voraussetzung habe (ebenso Goldmann-Lilienthal 2, § 19 A. 63). Der Wortlaut des § 945 spricht sicher hierfür. Aber man muß ihn ausdehnend interpretieren. Wenn hier nämlich, wie ich im Texte gezeigt habe, für die Freiheitsersitzung ein anderer Rechtsanschein und demgemäß auch ein anderer Gegenstand des schutzwürdigen Vertrauens vorausgesetzt wird als für die Eigentumsersitzung, so ist nicht einzusehen, weshalb nicht die Freiheitsersitzung auch unabhängig von der Eigentumsersitzung vor sich gehen kann. M. Wolff, Sachenrecht (1926) § 71 V, ist daher mit Recht der Meinung, daß der § 945 die durch die Eigentumsersitzung bedingte Freiheitsersitzung nur als den regelmäßigen Fall der Freiheitsersitzung im Auge habe und daß die letztere auch ohne Eigentumsersitzung vor sich gehe, wo immer ihre Voraussetzungen, was freilich selten vorkomme, selbständig erfüllt seien: „so, wenn jemand seine Sache dem Pfandgläubiger wegnimmt und einem Dritten, der das Pfandrecht nicht kennt, nach § 929 übereignet: Der Erwerber erlangt das Eigentum durch Übertragung und kann die Pfandfreiheit ersitzen". Niemals könne allerdings die Lastenfreiheit ersessen werden, bevor auf irgendeine Art das Eigentum erworben sei (vgl. auch Prot. 3, 238). Auf demselben Standpunkte steht Dernburg DR. 3, § 106 Nr. 9; ebenso Erl. zu § 945 Fischer-Henle 1, Biermann 2, Brodmann 2, Kober 2. Im gleichen Sinne sagt Kipp(-Windscheid) 1, 941 mit klassischer Kürze: Nach der Fassung des Gesetzes sollte man annehmen, daß die Freiheitsersitzung „nur eine Begleiterscheinung der Eigentumsersitzung sei; gemeint ist aber (Mot. 3, 356), daß auch dem Eigentümer die Freiheitsersitzung offensteht".

Die Unabhängigkeit der Freiheitsersitzung von der Eigentumsersitzung hat weiter zur Folge, daß auch in dem Regelfalle, wenn beide nebeneinanderlaufen, doch die zehnjährige Ersitzungsfrist für

Diese Freiheitsersitzung unterliegt entsprechender Laufhemmung, Ablaufhemmung, Ablaufunterbrechung und Unterbrechung, wie die Eigentumsersitzung (§ 945 Satz 2, §§ 939—942). Ihr Lauf wird also gehemmt, solange der Dritte wegen einer dilatorischen Einrede des Eigenbesitzers rechtlich gehindert ist, den Anspruch aus seinem das Eigentum belastenden Rechte gegen den Eigenbesitzer geltend zu machen (§§ 945 Satz 2, §§ 939, 202) oder solange er hieran durch ein Pietätsverhältnis (Ehe, minderjährige Kindschaft oder Vormundschaft) sittlich verhindert ist (§ 945 Satz 2, §§ 939, 204). Ebenso wird der Ablauf der Freiheitsersitzung, der die letzten sechs Monate der Ersitzungszeit umfaßt, gehemmt, solange der Dritte an der Geltendmachung seines Anspruches gegen den Eigenbesitzer durch höhere Gewalt, insbesondere Stillstand der Rechtspflege, tatsächlich-rechtlich verhindert ist (§ 945 Satz 2 §§ 939, 203.) Und der Ablauf der Freiheitsersitzung wird unterbrochen, solange der Dritte wegen Geschäftsunfähigkeit oder wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit und Fehlens eines gesetzlichen Vertreters tatsächlich-rechtlich verhindert ist, seinen Anspruch gegen den Eigenbesitzer zu erheben, oder solange wegen Todes des Dritten oder des Eigenbesitzers bis zur Annahme der bezüglichen Erbschaft durch den Erben oder bis zur Bestellung eines Nachlaßvertreters eine rechtlich-tatsächliche Beengung in der Geltendmachung des betreffenden Anspruches vorhanden ist (§ 945 Satz 2, § 939, 206, 207). Hemmung (Laufhemmung und Ablaufhemmung) und Ablaufunterbrechung der Freiheitsersitzung erklären sich also daraus, daß der Dritte rechtlich, sittlich oder tatsächlich-rechtlich verhindert ist, durch Verfolgung

beide zu verschiedener Zeit enden kann, weil möglicherweise die Eigentumsersitzung ungehemmt läuft, die Freiheitsersitzung aber, etwa wegen eines familienrechtlichen Verhältnisses, gehemmt wird (vgl. Wolff a. a. O.; Erl. zu § 945 Biermann 1c, Kober 1b), wohingegen „umgekehrt niemals die Lastenfreiheit ersessen werden kann, bevor das Eigentum erworben ist". (Wolff a. a. O.)

Es kann sich auch um die Ersitzung der Freiheit von mehreren dinglichen Rechten Dritter handeln. Dann läuft in Ansehung eines jeden dieser Rechte eine besondere Ersitzungszeit (vgl. Kober a. a. O.).

Daß der Eigenbesitzer nicht die Freiheit von solchen dinglichen Rechten ersitzen kann, die er selbst begründet hat (vgl. Wolff ebenda), ergibt sich daraus, daß ihm insoweit das schutzwürdige Vertrauen auf den Rechtsanschein der Freiheit fehlt.

Wenn aber ferner zufolge einer hier erforderlichen entsprechenden Anwendung von § 936 III (vgl. KommRGR. zu § 945 Erl. 4) der mittelbare Eigenbesitzer, der den Eigenbesitz durch Abtretung des Herausgabeanspruches erworben hat, die Freiheit von einem vorher begründeten dinglichen Rechte des unmittelbaren Besitzers nicht ersitzen kann, (vgl. Wolff, Sachenrecht § 71 V vor A. 22; Erl. zu § 945 Brodmann 1a, Kober 1a, Biermann 1b; KommRGR. 4), so ist der Grund hierfür, daß ihm in dieser Beziehung schon der Rechtsanschein der Lastenfreiheit mangelt, weil gerade umgekehrt der Besitzmittler in seinem unmittelbaren Besitz auch den Anschein seines dinglichen Rechtes für sich hat. Hiermit scheint mir der zugrunde liegende Rechtsgedanke noch um ein weniges tiefer erfaßt zu werden, als wenn der KommRGR., a. a. O., ihn keineswegs unzutreffend darin erblickt, „daß der Inhaber eines Rechtes an der Sache durch deren unmittelbaren Besitz vor den rechtszerstörenden Wirkungen des gutgläubigen Erwerbes gesichert sein soll".

Unhaltbar ist m. E. die Ansicht von M. Wolff, Das Recht zum Besitze, Festg. F. Koch, 158 A. 2, Sachenrecht § 71 V, und Brodmann Erl. z. § 945 1a, Kober § 945 Erl. 1d, daß von der Freiheitsersitzung auch ein Nießbrauch nicht betroffen werde, der nach dem Besitzerwerbe des ersitzenden Eigenbesitzers von dem bisherigen Eigentümer gemäß § 1032 Satz 2 mittels Abtretung des Herausgabeanspruches bestellt sei. Vielmehr kommt es dann darauf an, ob der Nießbrauch gegen den Eigenbesitzer ausgeübt ist oder nicht. Nur erstenfalls findet ein Erlöschen des Nießbrauches durch Ersitzung der Lastenfreiheit nicht statt, weil durch die Ausübung des Nießbrauches der Besitz und damit der Rechtsanschein der Lastenfreiheit dem Eigenbesitzer entzogen wird. Solche Entziehung geschieht aber nicht, wenn der Nießbrauch gegen den Eigenbesitzer nicht ausgeübt wird, weshalb er in diesem Falle auch mit der Vollendung der Freiheitsersitzung untergeht. Der letztere Fall ist aber der für die Freiheitsersitzung allein wesentliche, weil die Nichtausübung des Rechtes des Dritten für den Eigenbesitzer stets erst den Besitz der Lastenfreiheit ergibt und daher die Freiheitsersitzung überhaupt bedingt. (Vgl. oben S. 71 f.) Hieraus folgt, daß die eben mitgeteilte Ansicht M. Wolffs, Brodmanns und Kobers fehlgeht. Dagegen ist es richtig, wenn Biermann § 945 Erl. 3 sagt: „Ist das Recht nach dem Ersitzungsbeginne begründet worden, hat z. B. der Eigentümer einen Nießbrauch durch Abtretung des Herausgabeanspruches bestellt (§ 1032), so erlischt es, wenn der Ersitzende die Sache nunmehr noch zehn Jahre besitzt, ohne von dem Rechte etwas zu erfahren."

seines Rechtes dem der Ausübung des Rechtes sich widersetzenden oder den Inhalt des Rechtes selbst ausübenden Eigenbesitzer den Besitz der Lastenfreiheit des Eigentumes streitig zu machen und ihm hierdurch die Schutzwürdigkeit des Vertrauens auf den Rechtanschein der Lastenfreiheit oder diesen Rechtsanschein selbst zu entziehen, mit anderen Worten daraus, daß der Dritte nur durch „echte Not" gezwungen, nur wider seinen Willen sich an seinem Rechte verschweigt und so nur unfreiwillig auf seiten des Eigenbesitzers den Rechtsanschein der Lastenfreiheit und das schutzwürdige Vertrauen auf diesen Rechtsanschein bestehen läßt.

Dagegen hat die Unterbrechung der Freiheitsersitzung ihren Grund darin, daß der Eigenbesitzer entweder den Rechtsanschein der Lastenfreiheit oder die Schutzwürdigkeit des Vertrauens auf diesen Rechtsanschein oder solches Vertrauen an sich verliert. Der Verlust des Rechtsanscheines der Lastenfreiheit tritt für den Eigenbesitzer regelmäßig mit dem Verluste des Besitzes der Lastenfreiheit ein. Der letztgenannte Verlust setzt voraus, daß der dritte Dinglichberechtigte (oder allenfalls auch sonst jemand) eine Art von Besitzstand des betreffenden dinglichen Rechtes erlangt hat. Ob ein solcher Rechtsbesitz eingetreten ist, läßt sich nur von Fall zu Fall je nach der Art des betreffenden dinglichen Rechtes bestimmen. Öfter wird das Recht ein derartiges sein, daß man den § 1029 entsprechend anwenden kann. Danach würde schon einmalige Ausübung des Rechtes für den Rechtsbesitz genügen. Erfolgt freilich diese Ausübung ohne Willen des Eigenbesitzers und verzichtet ihm gegenüber der Dritte binnen Jahresfrist auf weitere Ausübung seines Rechtes, so hat der Eigenbesitzer den ohne seinen Willen verlorenen Besitz der Lastenfreiheit des Eigentumes binnen Jahresfrist wiedererlangt; ebenso wenn dem Dritten binnen Jahresfrist auf Grund einer Klage des Eigenbesitzers die weitere Ausübung des Rechtes gerichtlich verboten wird. In diesen Fällen ist entsprechend dem früher Ausgeführten für den Eigenbesitzer trotz vorübergehenden Verlustes des Besitzes der Lastenfreiheit der Rechtsanschein der Lastenfreiheit bestehen geblieben. Dasselbe ist der Fall, wenn der Eigenbesitzer mittels einer Klage, die er binnen Jahresfrist nach dem ohne seinen Willen geschehenen Verluste des Besitzes der Lastenfreiheit, also binnen eines Jahres nach der gegen seinen Willen erfolgten Rechtsausübung des Dritten erhoben hat, erst nach Ablauf des Jahres ein gerichtliches Verbot solcher Rechtsausübung erzielt, also den Besitz der Lastenfreiheit wiedererlangt. Insoweit hiernach für den Eigenbesitzer trotz zeitweiligen Verlustes des Besitzes der Lastenfreiheit der Rechtsanschein der Lastenfreiheit bestehen geblieben ist, kann natürlich eine Unterbrechung wegen verlorenen Rechtsanscheines der Lastenfreiheit nicht erfolgt sein (§ 945 in Verb. mit § 940 II).

Der Dritte kann die Unterbrechung der Freiheitsersitzung des Eigenbesitzers nicht bloß durch Ausübung seines Rechtes, d. h. durch hiermit bewirkte Entziehung des Besitzes der Lastenfreiheit, also des Rechtsanscheines der Lastenfreiheit, sondern auch dadurch herbeiführen, daß er dem Eigenbesitzer lediglich die Schutzwürdigkeit des Vertrauens auf diesen Rechtsanschein nimmt, indem er sein sonst zur Verschweigung führendes Schweigen bricht, nämlich den Anspruch aus seinem Rechte durch Klage (oder Güteantrag im Güteverfahren) oder gleichstehenden Akt[133]) (insbesondere Zwangsvollstreckung) gegen den Eigenbesitzer oder im Falle eines mittelbaren Eigenbesitzes gegen den Eigenbesitzer oder gegen den unmittelbaren Besitzer verfolgt, der sein Recht zum Besitze von dem Eigenbesitzer ableitet (§ 945 Satz 2, §§ 941, 209ff.).

---

[133]) Vgl. oben S. 51 A. 61.

Diese Unterbrechung der Freiheitsersitzung ist aber wieder in persönlicher Beziehung beschränkt, weil wegen der Klage oder des gleichstehenden Aktes für den Eigenbesitzer ein Anlaß, in seinem Vertrauen auf den Rechtsanschein der Lastenfreiheit wankend zu werden, nur mit Rücksicht auf die Inanspruchnahme des Rechtes durch denjenigen Dritten besteht, der mit der Klage oder dem gleichstehenden Akte als Rechtsprätendent gegen ihn aufgetreten ist. Nur mit Rücksicht auf die förmliche Rechtsbehauptung dieses Prätendenten verliert daher der Eigenbesitzer die Schutzwürdigkeit seines Vertrauens auf den Rechtsanschein der Lastenfreiheit. Nur zugunsten dieses Prätendenten wird deshalb gegebenenfalls die Freiheitsersitzung unterbrochen. Hat also der Prätendent die Rechtsbehauptung durch Klage oder gleichstehenden Akt zu Unrecht erhoben, ist er insbesondere rechtskräftig abgewiesen und ist ein anderer in Wirklichkeit Inhaber des Rechtes, so ist zu dessen Gunsten die Unterbrechung der Freiheitsersitzung nicht eingetreten (§ 945 Satz 2, § 941 Satz 1).

Die in Rede stehende Unterbrechung ist aber nicht nur in persönlicher Beziehung, sondern auch wieder in besonderer Weise zeitlich begrenzt. Sie endigt, wenn der Dritte den Prozeß zum Stillstande kommen, hierdurch seine Rechtsbehauptung wieder still werden und so das Vertrauen des Eigenbesitzers auf den Rechtsanschein der Lastenfreiheit wieder schutzwürdig werden läßt (§ 945 Satz 2, §§ 941, 211 II Satz 1). Demgemäß kann nunmehr eine neue Ersitzung der Lastenfreiheit beginnen, die aber dadurch von neuem unterbrochen wird, daß eine der Parteien den Prozeß weiterbetreibt (§ 211 II Satz 2) und hiermit die prozessuale Rechtsbehauptung des Dritten wieder laut werden läßt, wodurch ja das Vertrauen des Eigenbesitzers wieder in Frage gestellt, d. h. ihm die Schutzwürdigkeit genommen wird.

Die von dem Dritten durch Klageerhebung (oder Güteantrag) oder im Wege der Zwangsvollstreckung bewirkte Entziehung der Schutzwürdigkeit des Vertrauens und die hierauf beruhende Unterbrechung der Freiheitsersitzung wird zugunsten des Eigenbesitzers wieder rückgängig gemacht durch Zurücknahme der Klage oder durch Prozeßabweisung (§ 212 I) bzw. durch Zurücknahme oder Abweisung des Vollstreckungsantrages oder durch Aufhebung der Vollstreckungsmaßregel (§ 216). Die Rückgängigmachung durch Klagezurücknahme oder Prozeßabweisung kann selbst wieder rückgängig gemacht und hiermit kann die durch Klage oder gleichstehenden Akt, insbesondere Zwangsvollstreckung, geschehene Unterbrechung der Freiheitsersitzung zugunsten des Dritten wiederhergestellt werden, wenn dieser binnen 6 Monaten seit der Klagezurücknahme oder seit der Rechtskraft des prozeßabweisenden Urteiles neue Klage gegen den Eigenbesitzer oder im Falle mittelbaren Eigenbesitzes gegen den Eigenbesitzer oder den unmittelbaren Besitzer erhebt, der sein Recht zum Besitze von dem Eigenbesitzer ableitet (§ 945 Satz 2, §§ 941, 212 II Satz 1.) Diese Sechsmonatsfrist wird als Unterbrechungsablauf behandelt (§ 212 II Satz 2), unterliegt darum der Ablaufhemmung des § 203 wegen Verhinderung der Rechtsverfolgung durch höhere Gewalt, insbesondere durch Stillstand der Rechtspflege, und unterliegt ebenso der Ablaufunterbrechung der §§ 206 und 207 wegen Geschäftsunfähigkeit oder beschränkter Geschäftsfähigkeit des Dritten und mangelnder gesetzlicher Vertretung desselben oder wegen Todes des Dritten oder des von ihm schon mit der ersten Klage beklagten Eigenbesitzers oder Besitzers. Insoweit ist die Ablaufunterbrechung der §§ 206 und 207 eine Ablaufunterbrechung einer Unterbrechung der Freiheitsersitzung. Schließlich sind auch wieder Fälle denkbar, in denen eine Unterbrechung der Freiheitsersitzung eintritt, weil der Eigenbesitzer nicht die Schutzwürdigkeit des Ver-

trauens auf den Rechtsanschein der Lastenfreiheit, sondern dieses Vertrauen an sich verliert und später wiedererlangt.

Im übrigen genügt es auch bei der Freiheitsersitzung zur verlangten zehnjährigen Doppelextensität des Rechtsanscheines (d. h. des Besitzes der Lastenfreiheit) und des Vertrauens auf den Rechtsanschein, wenn diese Doppelextensität sich auf verschiedene Personen verteilt, die zueinander im Verhältnisse von Rechtsvorgänger und Rechtsnachfolger oder wie Erblasser, Erbschaftsbesitzer und Erbe im Verhältnisse von Quasi-Rechtsvorgänger und Quasi-Rechtsnachfolger stehen (§ 945 Satz 2 in Verb. §§ 943 u. 944).

§ 11.

Die Nießbrauchsersitzung

Die Ersitzung der Lastenfreiheit beruht im Grunde darauf, daß ein Recht von Hause aus im Sinne des § 903 zum Inhalte des Eigentumes gehört hatte, also insofern Eigentumsbestandteil gewesen war, dann aber aus dem Eigentume herausgelöst und als dingliches Recht an der Sache von einem Dritten erworben war, vom Eigentümer zurückersessen und wieder mit dem Eigentume vereinigt, mithin dem Inhalte des Eigentumes wieder zugeführt wird. Ein ähnlicher Vorgang, nur in umgekehrter Richtung, spielt sich ab bei der Ersitzung des Nießbrauches an einer beweglichen Sache gemäß § 1033. Hier wird ein zum Inhalte des Eigentumes gehörendes Recht, und zwar im allgemeinen das Recht auf die gesamten Nutzungen der Sache[134]), aus dem Eigentume herausersessen, d. h. im Wege der Ersitzung aus dem Eigentume herausgelöst und als dingliches Recht an der Sache für einen Dritten (den Ersitzenden) begründet. Diese Ersitzung erfordert natürlich auf seiten des Dritten einen Rechtsanschein und schutzwürdiges Vertrauen. Als Rechtsanschein ist ein Nutzungsbesitz, wie ihn § 868 im Auge hat, erforderlich[135]). Er entspricht dem bei der Ersitzung der Freiheit von einem Nießbrauche gemäß § 945 erforderlichen Besitze dieser Freiheit auf seiten des Eigentümers. Indes braucht der letztere Besitz selbst kein Nutzungsbesitz zu sein, da er nur die Nichtausübung des Nutzungsrechtes durch den Nießbraucher, nicht die positive Ausübung des im Nießbrauch enthaltenen Nutzungsrechtes durch den Eigentümer voraussetzt[136]). Hierin unterscheiden sich also der Rechtsanschein bei der Ersitzung der Freiheit von einem Nießbrauche und der Rechtsanschein bei der Ersitzung eines Nießbrauches. Dies bedeutet, daß die letztere Ersitzung gegenüber der ersteren erschwert ist, was sich ohne weiteres rechtfertigt. Für das schutzwürdige Vertrauen auf den Rechtsanschein gelten bei beiden Ersitzungen durchaus gleichartige Grundsätze. Der § 1033 Satz 2 bringt zwar auf die Ersitzung des Nießbrauches an einer beweglichen Sache die Vorschriften über die Eigentumsersitzung entsprechend zur Anwendung. Aber dieselbe Analogie der Eigentumsersitzung gilt gemäß § 945 auch für die Ersitzung der Lastenfreiheit, so daß eben auch die Nießbrauchsersitzung nach § 1033 und die Ersitzung der Freiheit von einem Nießbrauche gemäß § 945 unter sich analog sind, abgesehen freilich von dem genannten Unterschiede in Ansehung des Rechtsanscheines.

Wie demnach auf die Nießbrauchsersitzung die Analogie einer Ersitzung der Freiheit von einem Nießbrauche nicht völlig zutrifft, ebenso auch nicht die durch § 1033 Satz 2 vorgesehene Analogie der Eigentumsersitzung. Letztere Analogie wäre nur dann ganz durchführbar, wenn der Ersitzung der Lastenfreiheit des

---

[134]) Vgl. § 1030 I, aber auch § 1030 II und unten S. 77.

[135]) Fischer-Henle § 1033 A. 2.

[136]) Vgl. oben S. 71 A. 129.

Eigentumes, die nach § 945 mit der Eigentumsersitzung Hand in Hand gehen kann, eine neben der Nießbrauchsersitzung laufende Ersitzung der Lastenfreiheit des Nießbrauches ganz zu entsprechen vermöchte. Dies ist aber undenkbar. Zwar nicht deshalb, weil das Eigentum schon vor der Eigentumsersitzung vorhanden ist, der Nießbrauch aber erst durch die Nießbrauchsersitzung entsteht. Denn in Wirklichkeit ist auch das ersessene Eigentum, welches durch die Ersitzung der Lastenfreiheit von den es einengenden Rechten Dritter befreit wird, erst mit der Eigentumsersitzung entstanden. Diese ist ein originärer Erwerb[137]) und führt als solcher den Untergang des alten und das Entstehen eines neuen Eigentumes herbei[138]). Aber in dieses neue Eigentum erstrecken sich zunächst die bestehengebliebenen dinglichen Rechte Dritter geradeso hinein wie in das alte, um jedoch alsbald durch die Ersitzung der Lastenfreiheit des Eigentumes daraus beseitigt zu werden. So würde es immerhin ein analoger Vorgang sein, wenn ein erst durch eine Nießbrauchsersitzung neu entstandener Nießbrauch von beschränkenden dinglichen Rechten Dritter durch eine Ersitzung der Lastenfreiheit des Nießbrauches gereinigt werden könnte. Dies ist aber deshalb undenkbar, weil ein mit dinglichen Rechten Dritter belasteter Nießbrauch von vornherein undenkbar ist. Da der Nießbrauch ein Recht ist, kann nur die Belastung mit einem solchen dinglichen Rechte in Frage kommen, welches an Rechten begründet werden kann, folglich nur die Belastung mit einem Nießbrauche oder mit einem Pfandrechte. Weil aber der Nießbrauch nicht übertragbar ist (§ 1059) so ist seine Belastung mit einem Nießbrauche oder einem Pfandrechte unmöglich (§§ 1069 II, 1274 II). Die Folge hiervon ist, daß der Nießbrauch, wenn er durch Ersitzung gemäß § 1033 entsteht, einer Bereinigung durch Ersitzung seiner Lastenfreiheit nicht mehr bedarf, weil er, anders als das Eigentum bei der Eigentumsersitzung, ohne weiteres lastenfrei entsteht. Damit ist aber nicht gesagt, daß die bisher auf der Sache ruhenden dinglichen Rechte mit der Nießbrauchsersitzung erlöschen würden. Zunächst ist es möglich, daß sie (insbesondere ein älterer Nießbrauch), da ein Nießbrauch sich nicht unbedingt auf alle Nutzungen zu erstrecken braucht (§ 1030), einen anderen Teil der Nutzungen erfassen als der ersessene Nießbrauch. Insoweit könnten ein älteres dingliches Recht (namentlich Nießbrauch, allenfalls ein antichretisches Pfandrecht) und der ersessene Nießbrauch nebeneinander ausgeübt werden[139]). Soweit aber das ältere dingliche Recht ganz oder zum Teile dieselben Nutzungen zum Gegenstande hatte, wie nunmehr der ersessene Nießbrauch, ist natürlich nur ein Nacheinander der Ausübung möglich. Ob der ersessene oder der ältere Nießbrauch vorgeht, richtet sich danach, ob der Nießbrauchsersitzer die Ersitzungszeit hindurch, also extensiv auf den extensiven Rechtsanschein der Nichtexistenz des älteren Nießbrauches (oder sonstigen Rechtes) schutzwürdig vertraut hat oder nicht. Solcher objektiver Rechtsanschein ist für ihn nur vorhanden gewesen, wenn während der Ersitzungszeit der ältere Nießbrauch (od. sonst. R.) nicht im Widerspruche mit dem ersessenen Nießbrauch, also nicht gegen den Nießbrauchsersitzer ausgeübt ist. Und auf einen derartigen Rechtsanschein der Nichtexistenz des älteren Nießbrauches (od. sonst. R.) hat der Nießbrauchsersitzer dann schutzwürdig vertraut, wenn er die Existenz des älteren Nießbrauches weder kannte noch kennen konnte. Für den Zeitpunkt, in dem er den zur Nießbrauchsersitzung führenden Nießbrauchsbesitz erlangte, wird sein schutzwürdiges Vertrauen auf den genannten Rechtsanschein doppelt widerleglich, für die Fortdauer seines Nießbrauchsbesitzes wird es einfach

---

137) Vgl. oben S. 36 A. 6.

138) Vgl. Brodmann § 937 Vorb. 4; Kober § 937 Erl. 4a; a. M. Wolff a. a. O. § 71 IV.

139) Vgl. aber Brodmann § 1030 Erl. 2, § 1032 Erl. 4.

widerleglich vermutet. Auch für jenen Rechtsanschein spricht eine Vermutung. Sie kann von dem Inhaber des älteren Nießbrauches durch den Beweis von dessen Ausübung widerlegt werden. Wenn dies geschieht, oder wenn die doppelt widerlegliche oder die einfach widerlegliche Vermutung des schutzwürdigen Vertrauens, die beide dem Nießbrauchsbesitzer zustatten kommen, widerlegt wird, so braucht damit der Nießbrauchsersitzung an sich noch kein Eintrag zu geschehen, da der für diese erforderliche Rechtsanschein nebst schutzwürdigem Vertrauen sich auch lediglich auf einen dem älteren Nießbrauch im Range nachstehenden Nießbrauch beziehen darf[140]). Aus der Widerlegung der genannten Vermutungen ergibt sich dann eben nur, daß der ersessene Nießbrauch dem älteren Nießbrauch in der Ausübung nachgeordnet ist. Werden aber jene Vermutungen nicht widerlegt, so geht der ersessene Nießbrauch vor[141]).

In der Endwirkung läuft dies freilich auf dasselbe hinaus wie eine mit der Nießbrauchsersitzung Hand in Hand gehende Ersitzung der Lastenfreiheit des Nießbrauches. Jedenfalls kann man aber dabei von einer Ersitzung der Priorität des Nießbrauches sprechen[142]). Ihr eigentümliches Wesen, nämlich daß sie die älteren dinglichen Rechte, insbesondere einen älteren Nießbrauch nicht vernichtet, hat darin seinen guten Grund, daß der Nießbrauch im Gegensatze zum Eigentume nicht übertragbar (§ 1059) und nicht vererbbar (§ 1061[143]) ist und daher mit dem Tode des Nießbrauchers die von ihm durch die Ersitzung der Priorität seines ersessenen Nießbrauches zurückgedrängten älteren dinglichen Rechte Dritter wieder zu Kräften kommen können[144]).

Abgeschlossen: Februar 1928.

---

[140]) Vgl. Brodmann § 1033 Erl. 2 u. 6 und § 1032 Erl. 4.

[141]) Vgl. Erl. zu § 1033 Fischer-Henle 2, Biermann 1, Brodmann 6.

[142]) Bei der Nießbrauchsersitzung tritt also an die Stelle der neben ihr herlaufenden Ersitzung der Lastenfreiheit des Nießbrauches eine Ersitzung der Priorität des ersessenen Nießbrauches. Entsprechend der von der Eigentumsersitzung unabhängigen Ersitzung der Lastenfreiheit des Eigentumes (vgl. oben S. 72 f. A. 132) kann aber auch die Ersitzung der Priorität eines Nießbrauches unabhängig von einer Nießbrauchsersitzung stattfinden. Wenn nämlich jemand einen Nießbrauch auf andere Weise als durch Ersitzung erworben hat, so kann er dadurch, daß er vom Erwerbe seines Nießbrauchsbesitzes an während der ganzen Ersitzungszeit auf den Rechtsanschein der Nichtexistenz anderer die Sache belastenden Rechte schutzwürdig vertraut hat, die Priorität seines Nießbrauches vor solchen Rechten ersitzen. (Vgl. hierzu Brodmann § 1033 Erl. 6.) Der Rechtsanschein der Nichtexistenz der anderen dinglichen Rechte und das schutzwürdige Vertrauen des Nießbrauchers auf diesen Rechtsanschein werden natürlich entsprechend vermutet wie bei der die Nießbrauchsersitzung begleitenden Prioritätsersitzung.

[143]) Wegen der Unübertragbarkeit und Unvererblichkeit des Nießbrauches nehmen Planck-Greiff u. Planck-Brodmann Erl. zu § 1033 an, daß die Vorschriften über die Anrechnung der Ersitzungszeit (§§ 943 u. 944) auf die Nießbrauchsersitzung nicht anwendbar seien. Dagegen M. Wolff a. a. O. § 115 II A. 7: „Besitzt ein gutgläubiger Eigenbesitzer eine gestohlene Sache 9 Jahre lang, und bestellt er dann einem ebenfalls Gutgläubigen einen Nießbrauch daran, so kommen diesem die 9 Jahre seines Vormannes zugute." Das Beispiel zeigt, daß die Anwendung des § 943 auf die Nießbrauchsersitzung in gewissem Sinne möglich ist. Eine Anwendbarkeit des § 944 ist aber ausgeschlossen. Wie Wolff übrigens auch Biermann § 1033.

[144]) Hiernach ist es begreiflich, wenn das Bürgerliche Gesetzbuch mit der Möglichkeit mehrerer Nießbrauchsrechte an derselben Sache rechnet. Vgl. Brodmann § 1032 Erl. 4 a. E.

Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben

Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts

(1. Oktober 1929)

in 6 Bänden

unter Mitwirkung der Professoren

Gerhard Anschütz, Heidelberg / Ernst Heymann, Berlin
Theodor Kipp, Berlin / Wilhelm Kisch, München / Alfred Schultze, Leipzig / Heinrich Siber, Leipzig

herausgegeben von

Otto Schreiber
weiland Professor in Königsberg i. Pr.

Dritter Band

Zivil- und Handelsrecht (Fortsetzung)



Berlin und Leipzig 1929

Walter de Gruyter & Co.

vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung — J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung — Georg Reimer — Karl J. Trübner — Veit & Comp.